

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

**ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E PRINCÍPIOS DO
DIREITO AMBIENTAL: PRECAUÇÃO E POLUIDOR-
PAGADOR PODEM EXERCER PAPEL NA INTERPRETAÇÃO
DE PADRÕES DE TRATAMENTO A INVESTIDORES?**

Bernardo Rohden Pires

Florianópolis

2015

Bernardo Rohden Pires

ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS E PRINCÍPIOS DO DIREITO
AMBIENTAL: PRECAUÇÃO E POLUIDOR-PAGADOR PODEM
EXERCER PAPEL NA INTERPRETAÇÃO DE PADRÕES DE
TRATAMENTO A INVESTIDORES?

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*, curso de Mestrado em Direito, área de concentração “Direito e Relações Internacionais”, linha de pesquisa “Economia e Meio Ambiente no Direito Internacional”, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Cristiane Derani

Florianópolis

2015

Pires, Bernardo Rohden.

Arbitragem de investimentos e princípios do direito ambiental: precaução e poluidor-pagador podem exercer algum papel na interpretação de padrões de tratamento de investidores? [dissertação] / Bernardo Rohden Pires; orientadora, Cristiane Derani - Florianópolis, SC, 2015.

185 p.; 21cm

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito Internacional. 3. Direito internacional dos investimentos. 4. Direito ambiental. 5. Princípios da precaução e do poluidor-pagador. I.

Derani, Cristiane. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Bernardo Rohden Pires

Arbitragem de investimentos e princípios do direito ambiental: precaução e poluidor-pagador podem exercer papel na interpretação de padrões de tratamento a investidores?

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2015.

Professor Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Cristiane Derani
Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC)

Membro: Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior
Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC)

Membro: Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa
Universidade de São Paulo (USP)

Membro: Prof. Dr. Fábio Morosini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

AGRADECIMENTOS

Concluir este trabalho significa também encerrar, por ora, minha trajetória no Centro de Ciências de Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. O momento é de rememorar experiências, contabilizar aprendizados e agradecer a todos aqueles que participaram diretamente dessa caminhada.

O agradecimento mais especial é dirigido à minha família, que nunca mediu esforços para garantir-me as melhores oportunidades. Meus familiares, irrestritamente compreensivos em todas as inúmeras ausências, foram fundamentais para que eu pudesse enfrentar os desafios desta pesquisa. Em especial, é momento de agradecer profundamente a meus pais, Nilse e Roberto, pelo mais absoluto e incondicional suporte em todas as minhas empreitadas e por contribuírem tão decisivamente para meu caráter e minha felicidade.

Este trabalho não teria sido realizado sem a preciosa orientação da prof^a. Cristiane Derani, pesquisadora de renome internacional que concede aos alunos da Universidade Federal de Santa Catarina a honra e o privilégio de poder desfrutar de seu magistério. Para minha grande satisfação, a prof^a. Cristiane apoiou pronta e irrestritamente minha intenção de estudar a problemática ambiental no direito internacional dos investimentos. Suas lições, sempre precisas e acuradas, foram fundamentais para que eu pudesse depurar e aprimorar meu objeto de pesquisa. Orientadora na acepção mais verdadeira da palavra, a prof^a. Cristiane encanta com a profundidade de sua reflexão crítica, sua paixão pela docência e a maneira adorável com que trata todos à sua volta.

Faltam-me as palavras para agradecer a Beatriz Schäffer Guarezi. Companheira de todas as horas, Beatriz aplaca minhas angústias, renova meu ânimo e me faz perceber que a vida é mais doce do que amarga. Nem o mais virtuoso dos poetas seria capaz de encontrar as palavras certas para exprimir minha felicidade por tê-la conhecido.

Reservo ao estimado Desembargador Nelson Schaefer Martins minha eterna gratidão: pela oportunidade da convivência e do aprendizado diário ao longo dos últimos cinco anos; por ter desde cedo acreditado em mim e apoiado incondicionalmente meu ingresso no mestrado; pela inigualável lhanza de trato mesmo nos inúmeros momentos em que minhas limitações insistiam em aparecer; enfim, por mostrar-me diariamente que a magistratura de Santa Catarina é conduzida por um homem que não conhece fraquezas. Estendo também meus mais sinceros agradecimentos a todos os colegas e amigos do

Tribunal de Justiça pela paciência e tolerância nas ausências provocadas pelas agruras da dupla jornada.

Agradeço à prof^a Cecilia Caballero Lois, mentora intelectual dos primeiros anos de graduação e grande incentivadora do meu caminho pela pesquisa. Com ela, aprendi que o rigor dos trabalhos científicos não é suficiente para eliminar o carinho do mundo acadêmico e que pesquisar, antes de mais nada, é fazer amigos.

Sou imensamente grato ao prof. Arno Dal Ri Junior, responsável por despertar meu interesse pelas lides do direito internacional ainda nos tempos da graduação e por diversas lições, dentro e fora de sala de aula.

Agradeço aos professores José Augusto Fontoura Costa, Fábio Morosini e Paulo Potiara de Alcântara Veloso por terem encontrado uma brecha em suas atribuladas agendas para integrar a banca de apresentação deste trabalho e por me proporcionarem a satisfação de vê-lo criticado e avaliado por professores de tão alto gabarito.

Aos professores José Alvarez (NYU), Antonios Tzanakopoulos (Oxford), Paolo Palchetti (Macerata), Arno Dal Ri Junior (UFSC), José Augusto Fontoura Costa (USP), Gustavo Justino de Oliveira (USP), Paulo Potiara de Alcântara Veloso (CESUSC) e Ana Gerda de Borja – além, é claro, da professora Cristiane Derani, verdadeira responsável pela realização do evento – rendo um especial agradecimento por terem participado daquela que foi a minha principal experiência nestes dois anos de mestrado: a organização da conferência “*Os desafios do direito internacional dos investimentos estrangeiros*”, realizada na UFSC em agosto de 2014.

Dirijo um agradecimento especial a Gustavo Henrique de Carvalho Schiefler, referência moral e intelectual de minha geração no Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, pelos sempre pertinentes conselhos e pela velha amizade.

Finalmente, agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e à sua sempre prestimosa Secretaria pela oportunidade de concluir meus estudos de mestrado em uma instituição referência em excelência acadêmica em todo o Brasil.

*The only completely certain generalization about history is that, so long
as there is a human race, it will go on.*

Eric Hobsbawm

RESUMO

Esta dissertação enfrenta a problemática ambiental no direito internacional dos investimentos. Inicialmente, traça-se um panorama da construção histórica do direito internacional dos investimentos e do impacto do imperialismo na formação de suas normas. Na sequência, são analisados os desdobramentos da crise de legitimidade do regime internacional de proteção ao capital estrangeiro e uma das respostas oferecidas pela comunidade internacional a essa crise: o recente movimento de aproximação entre o direito dos investimentos e outros sistemas de direito público, notadamente o direito ambiental. A partir desse aporte teórico, o trabalho busca extrair da jurisprudência arbitral respostas a dois questionamentos centrais: i) o princípio da precaução pode servir de fundamento para a adoção de medidas restritivas que, destinadas à diminuição ou à eliminação de riscos ambientais, sejam contrárias a eventual promessa ou garantia extracontratual formulada pelo Estado receptor quanto à estabilidade de seu ambiente regulatório? ii) a doutrina dos efeitos (“*sole effect doctrine*”) é compatível com as particularidades da regulação ambiental, notadamente com o princípio do poluidor-pagador? A análise dos precedentes revela que os referidos princípios, que imprimem força normativa a valores caros à comunidade internacional, podem exercer papel na interpretação de *standards* de proteção de investimentos, respondendo aos desafios impostos pelo inerente déficit democrático da arbitragem investidor-Estado.

Palavras-chave: direito dos investimentos; meio ambiente; princípio da precaução; expectativas legítimas; expropriação; doutrina dos efeitos.

ABSTRACT

This thesis addresses the environmental question within international investment law. For starters, the author analyses the historical development of investment law and the impact of imperialism in the creation of standards of investment protection. Then the author examines the outcomes of the legitimacy crisis the investment regime is currently undergoing and one of the responses offered by the international community: the connection between investment law and other public law systems, notably environmental law. In the light of this theoretical foundation, this dissertation aims at obtaining from the arbitral jurisprudence answers for two crucial questions: i) Can the precautionary principle legally justify the adoption of restrictive measures designed to avoid or mitigate environmental risks but contrary to non-contractual guaranties of stability made by the host state? ii) Is the “sole effect doctrine” offer consistent with the idiosyncrasies of environmental regulation, notably with the polluter-pays principle? The case-law evinces that the aforementioned principles, that assign normative force to important values for the international community, may have a role to play in the interpretation of investment standards, addressing the challenges posed by the inherent democratic deficit of investor-state arbitration.

Keywords: international investment law; environment; precautionary principle; legitimate expectations; expropriation; sole-effect doctrine.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 BREVES NOTAS SOBRE A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS.....	18
2.1 IMPERIALISMO E A GÊNESE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS.....	18
2.2 DESCOLONIZAÇÃO E O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA PERMANENTE SOBRE RECURSOS NATURAIS.....	26
2.3 A FORMAÇÃO DA NOVA ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL E SEU IMPACTO NA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO.....	37
2.4 OS CAMINHOS E DESCAMINHOS DA CONSOLIDAÇÃO DOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS COMO PRINCIPAL FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS.....	43
3 A INTERAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS COM OUTROS SUBSISTEMAS DE DIREITO PÚBLICO: EM BUSCA DO RESGATE DE SUA LEGITIMIDADE A PARTIR DA APROXIMAÇÃO COM PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL.....	52
3.1. BREVE ANÁLISE DE CARACTERÍSTICAS QUE INDICAM A POTENCIAL SUJEIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS À FRAGMENTARIEDADE..	52
3.2 ELEMENTOS DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO REGIME JURÍDICO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO A INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS: O COMPLEXO EQUILÍBRIO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO.....	62
3.3 A TEORIA DO INTERESSE PÚBLICO GLOBAL DE ANDREAS KULICK, A ABORDAGEM COMPARATIVA DE DIREITO PÚBLICO DE STEPHEN SCHILL E A BUSCA PELO RESGATE DA LEGITIMIDADE DO REGIME INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO A INVESTIMENTOS A PARTIR DA UTILIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.....	80
3.4 PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS.....	87
3.5 A INCLUSÃO DE LINGUAGEM AMBIENTAL EM TRATADOS DE INVESTIMENTO.....	95

4 APROXIMAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS E NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL.....	101
4.1. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO, EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DE INVESTIDORES E ESTABILIDADE REGULATÓRIA NO ESTADO RECEPTOR: O PAPEL DA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL NA INTERPRETAÇÃO DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO.....	101
4.1.1. Cláusulas de estabilização e a origem do conceito de expectativas legítimas.....	101
4.1.2. A inconstância da jurisprudência arbitral na busca da identificação do conteúdo das expectativas legítimas.....	107
4.1.3 Elementos para a aplicação legítima do princípio da precaução como fundamento para medidas que afetem investidores.....	122
4.1.4. Risco ambiental e expectativas legítimas de investidores nas arbitragens de investimento: soluções e perspectivas.....	128
4.2 A “DOCTRINA DOS EFEITOS” (“ <i>SOLE EFFECTS DOCTRINE</i> ”) E A GOVERNANÇA AMBIENTAL: CONTRIBUIÇÕES À ANÁLISE DA CARACTERIZAÇÃO DE ATOS EXPROPRIATÓRIOS A PARTIR DO COMPORTAMENTO DO INVESTIDOR.....	147
4.2.1 A emergência da doutrina dos efeitos como reflexo da orientação pró-investidor do regime.....	147
4.2.2. Expropriação e medidas regulatórias ambientais: a incongruência da jurisprudência arbitral.....	152
4.2.3. A abordagem estritamente quantitativa e os custos da proteção ao meio ambiente: a expropriação à luz do princípio do poluidor-pagador e da responsabilidade socioambiental corporativa.....	155
4.2.4. Os novos tratados e o atual estado do direito internacional dos investimentos na relação entre regulação ambiental e expropriação: superando a doutrina dos efeitos.....	165
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	169
6 REFERÊNCIAS.....	172

1. INTRODUÇÃO

“Há poucos assuntos, se houver, no direito internacional em que opiniões parecem tão divididas quanto a limitação do poder do Estado de expropriar a propriedade de estrangeiros”. Essa conhecida passagem, cunhada pela Suprema Corte dos Estados Unidos por ocasião do julgamento do caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* em 1964¹, permanece oportuna mesmo após mais de cinquenta anos. Ao longo da segunda metade do século XX, o direito dos investimentos consolidou-se como uma disciplina com normas próprias e uma racionalidade característica, que combina elementos de direito privado e público, doméstico e internacional na regulamentação jurídica da atividade econômica internacional, mas continua a buscar respostas para questionamentos existenciais.

A influência do imperialismo na construção histórica do direito dos investimentos culminou na formação de um conjunto de regras orientadas em favor dos países exportadores de capital, que utilizaram as normas internacionais como instrumentos de validação formal da dominação por eles exercida sobre nações em desenvolvimento. Consequências desse processo, as limitações impostas pelo regime global de proteção a investimentos à soberania estatal despertaram a atenção da comunidade jurídica internacional à medida que, em reiteradas oportunidades, o interesse público dos Estados receptores tornou-se coadjuvante em relação a garantias concedidas a investidores estrangeiros. A procura pelo equilíbrio entre o público e o privado é a característica fundante do direito internacional dos investimentos, que atravessa uma crise de legitimidade motivada por repetidas contestações da pretensa anatomia pró-investidor do regime e por críticas contumazes a decisões arbitrais que, com fundamento em dispositivos genéricos e de conteúdo indeterminado, submeteram Estados receptores ao pagamento de indenizações astronômicas diante da caracterização da ocorrência de atos expropriatórios.

¹ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 428 (1964). Do original: “There are few if any issues in international law today on which opinion seems to be so divided as the limitations on a state's power to expropriate the property of aliens”.

Esses questionamentos acentuam-se quando as medidas reputadas expropriatórias por investidores envolvem áreas politicamente sensíveis. Não seria exagero dizer que a preservação ambiental é a principal delas. A internacionalização do dano ambiental, fenômeno que se seguiu à globalização da produção econômica, não foi capaz de esvaziar o protagonismo do Estado-nação quanto à proteção do meio ambiente, que exige uma postura proativa das autoridades nacionais de modo a evitar o agravamento das consequências da ação antrópica sobre o meio ambiente. Entretanto, diante da indissociável relação entre economia e ecologia, as políticas estatais ligadas à questão ambiental não raro afetam investidores estrangeiros, prejudicados pela adoção de medidas que, embora legítimas, acarretam-lhes prejuízos financeiros. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é contribuir na busca de respostas para questões jurídicas delicadas que emanam dessa aproximação entre o direito internacional dos investimentos e o direito ambiental.

O primeiro capítulo explora as veredas da construção histórica do direito internacional dos investimentos. Inicialmente, o trabalho analisa o impacto do imperialismo na formação da anatomia do regime e, após, aborda a importância do movimento da descolonização para a consolidação do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, uma das normas elementares do direito internacional dos investimentos. A formação da Nova Ordem Econômica Internacional e o agir concertado do bloco terceiro-mundista no âmbito das Nações Unidas em prol do desenvolvimento econômico são analisados na sequência. Por fim, a última parte do capítulo introdutório destina-se ao estudo da consolidação dos tratados bilaterais como a principal fonte do direito dos investimentos e a maneira por meio da qual esse fenômeno, produto direto da trajetória histórica acima referida, submeteu o regime a uma grave crise de legitimidade.

O segundo capítulo parte da premissa de que a interação do direito dos investimentos com outros subsistemas de direito público é a ferramenta central do processo de resgate de sua legitimidade. De início, enfrentam-se as características peculiares que sujeitam o direito dos investimentos à fragmentariedade. Após, avalia-se em detalhes a crise do regime, pressionado a evoluir quanto à transparência, à abertura, à previsibilidade e, sobretudo, a um melhor equilíbrio entre garantias dos investidores e interesse público. As teorias de Stephen Schill (abordagem comparativa de direito público) e Andreas Kulick (interesse público global) são apresentadas na sequência como respostas à aludida crise. O aporte teórico construído até aqui servirá de referencial para a análise da aproximação conceitual entre o direito internacional dos

investimentos e o direito ambiental, processo que se insere no contexto da internacionalização dos danos ao meio ambiente. Essa aproximação ocorre basicamente em duas frentes: a partir da incorporação de linguagem ambiental a tratados de investimentos e pelo enfrentamento da problemática ambiental por tribunais arbitrais investidor-Estado.

O terceiro e último capítulo, dividido em duas partes, contempla uma dimensão mais instrumental da relação entre meio ambiente e investimentos ao abordar o papel de princípios do direito ambiental na jurisprudência arbitral. A primeira parte é destinada à análise do eventual papel do princípio da precaução na identificação das expectativas legítimas de investidores estrangeiros quanto à estabilidade do ambiente regulatório do Estado receptor. Dividido em quatro tópicos, o estudo apresenta inicialmente um breve panorama sobre a estabilidade no direito dos investimentos, passando pelas cláusulas de estabilização e chegando à gênese do conceito de expectativas legítimas derivadas do tratamento justo e equitativo. Na sequência, conduz-se uma análise dos principais precedentes a enfrentar o tema, identificando-se os requisitos estabelecidos pela jurisprudência arbitral para a formação de expectativas legítimas. O terceiro item explora o princípio da precaução: seu papel na efetividade da proteção ambiental, os requisitos a ensejar sua aplicação e as críticas que insistem, sem sucesso, em descaracterizá-lo. O quarto e último ponto discute, a partir da análise de precedentes paradigmáticos, se o princípio da precaução pode servir de fundamento para a adoção de medidas que, destinadas à diminuição ou à eliminação de riscos ambientais, contraponham-se a eventual promessa ou garantia extracontratual formulada pelo Estado receptor quanto à estabilidade de seu ambiente regulatório.

Por sua vez, a segunda parte destina-se a analisar, à luz das idiossincrasias e particularidades da regulação ambiental, a abordagem quantitativa oferecida pela doutrina dos efeitos (“*sole effect doctrine*”) em relação à caracterização de atos expropriatórios. De início, estudam-se os primeiros precedentes a adotar a doutrina dos efeitos. Na sequência, analisam-se casos a envolver medidas regulatórias ambientais para destacar-se a evolução da jurisprudência sobre o assunto. O item seguinte enfrenta a relação da abordagem estritamente quantitativa com o princípio do poluidor-pagador e com *standards* de responsabilidade social corporativa desenvolvidos no âmbito das Nações Unidas e da OCDE. O último tópico aborda o atual estado dos acordos de investimento no que diz respeito à caracterização de atos expropriatórios em face de medidas regulatórias ambientais, a revelar o ocaso da doutrina dos efeitos.

Este trabalho procura contribuir também para o ainda incipiente estudo do direito internacional dos investimentos no Brasil. Nosso país não é signatário da Convenção de Washington e tampouco tem tratados de investimentos em vigor. Se não justifica, isso ao menos explica a pouca atenção destinada à disciplina por nossas faculdades de direito. Juristas brasileiros que incursionam no tema costumam enfrentar uma inglória e solitária jornada, repleta de material em língua estrangeira. Todavia, a relutância do Brasil quanto à adesão ao regime global de proteção a investimentos não deve servir de justificativa para que o tema seja negligenciado; ao contrário, seguindo a consolidação do país como um dos *big players* no plano econômico global, a academia brasileira deve estimular o debate crítico e interdisciplinar sobre esse assunto, que desfruta de grande relevância dentro do direito internacional econômico.

Algumas obras foram fundamentais para a realização deste trabalho – sem prejuízo, por evidente, da importância das demais referências citadas ao longo do trabalho para a formação das ideias nele contidas. Na relação entre o meio ambiente e o direito internacional dos investimentos, dois livros foram essenciais: “*Foreign Investment and the Environment in International Law*”, de Jorge Viñuales², obra fundamental para a compreensão da complexidade dessa relação; e “*Droits de l’investisseur étranger et protection de l’environnement*”, de Sabrina Robert-Cuendet³, que desce às minúcias da difícil relação entre expropriação e autonomia regulatória do Estado receptor em matéria ambiental e problematiza a questão com incrível rigor metodológico.

Ainda, a obra “*Direito Ambiental Econômico*”, da professora Cristiane Derani⁴, orientadora desta dissertação e principal referência intelectual deste autor, foi fundamental na definição do problema desta pesquisa, que parte da relação indissociável entre economia e ecologia para buscar solucionar questões jurídicas limítrofes resultantes da aproximação entre investimentos e meio ambiente. Ademais, a obra de Santiago Montt intitulada “*State liability in investment treaty*

² VIÑUALES, Jorge. **Foreign investment and the environment in international law**. Cambridge University Press, 2012.

³ ROBERT-CUENDET, Sabrina. **Droits de l’investisseur étranger et protection de l’environnement: contribution à l’analyse de l’expropriation indirecte**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

⁴ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

arbitration”⁵ foge dos clichês comuns aos manuais e aborda tópicos espinhosos do direito internacional dos investimentos de maneira consistente e provocativa.

Por fim, destaque-se que, auxiliares que são, as notas de rodapé não se revelam indispensáveis para a compreensão do texto, mas as referências delas constantes complementam as ideias defendidas pelo autor e servem para aprofundá-las, principalmente com a utilização de elementos doutrinários e jurisprudenciais. De modo a facilitar a compreensão do conteúdo apresentado no rodapé, todas as passagens em língua estrangeira foram vertidas para o português, mantidos os originais para comparação.

⁵ MONTT, Santiago. **State liability in investment treaty arbitration**. Hart Publishing, 2012.

2 BREVES NOTAS SOBRE A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

2.1 *Imperialismo e a gênese do direito internacional dos investimentos estrangeiros*

Em seu “*O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes*”, Emmerich de Vattel defendia que os senhores dos territórios, ainda que detivessem a prerrogativa de decidir sobre o ingresso de indivíduos estrangeiros em suas terras⁶, não poderiam apropriar-se do patrimônio dos forasteiros, sob pena de afronta não apenas a estes, mas também à nação à qual pertenciam.⁷ A insurgência de Vattel contra as “pretensões sobre o patrimônio de estrangeiros” – que podem ser traduzidas como “expropriações” – é um poderoso indicativo da retórica imperialista que acompanhou indelevelmente a construção histórica da disciplina jurídica internacional relativa a investimentos estrangeiros.

Essa retórica não se circunscreve às normas que envolvem os investimentos estrangeiros. Trata-se, a rigor, de uma característica formadora do próprio direito internacional. Concebido a partir de uma série de valores, doutrinas e princípios desenvolvidos na Europa à luz da história e da dinâmica política do continente,⁸ o direito internacional historicamente relegou às nações não-europeias posição periférica – na acepção mais depreciativa do termo. Sua pretensão civilizatória, cuja materialização mais marcante repousa no art. 38, “c”, do estatuto da Corte Internacional de Justiça⁹, foi precedida da divisão conceitual do

⁶ VATTEL, Emerich de. **O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008, 992 p. (Coleção “Clássicos do Direito Internacional” – coord. Arno Dal Ri Júnior), p. 456, § 100: “Como o senhor do território pode proibir a entrada nele quando julgar oportuno (§ 94), sem dúvida ele é senhor das condições em que quiser permiti-la”.

⁷ Idem, p. 460, § 109: “as pretensões que o senhor do território pudesse ter sobre os bens de um estrangeiro seriam [...] contrárias aos direitos do proprietário e àqueles da nação da qual é membro”.

⁸ ANGHIE, Anthony. **The evolution of international law: colonial and postcolonial realities**. Third World Quarterly, Vol. 27, No. 5, pp 739 – 753, 2006.

⁹ Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “A Corte, cuja função

mundo, realizada pelos europeus, em nações “ilustradas”, civilizadas, e nações “rudes”, incivilizadas.¹⁰

Ao longo do século XIX, a ideia positivista de soberania foi comumente utilizada junto à de civilização: eram nações soberanas apenas as civilizadas.¹¹ Sociedades não-europeias – entidades não soberanas e, portanto, incapazes de produzir seu próprio direito – reduziam-se a objetos de conquista e exploração sujeitos ao jugo da metrópole, que justificava juridicamente suas investidas coloniais a partir da associação entre soberania e civilização.¹² Essa construção levou à ideia de que as atividades desenvolvidas por europeus em regiões africanas, asiáticas ou latino-americanas haviam de ser reguladas pelo direito da metrópole, e não pelas normas de tais regiões, consideradas de menor valor.¹³

Todavia, as regiões pelas quais se estendia o imperialismo europeu eram apenas aparentemente incivilizadas. À sua maneira, as nações subjugadas, objeto da expansão comercial europeia do século XIX, dispunham de normas ligadas à atividade econômica. A

é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: [...] c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”.

¹⁰ Nesse sentido, v. BETTS, Raymond F. **Decolonization**. 2. ed. New York: Routledge, 1998, p. 108: “No encontro com os povos que colonizaram, os Europeus começaram a definir-se pelos contrastes que encontraram e imaginaram existir. Eles criaram uma especial relação de dependência cultural; sua alardeada superioridade requeria uma inferioridade justaposta: o ‘civilizado’ dependia da existência do ‘incivilizado’. Como um antropólogo colocou: “Foi por meio do estudo e da narrativização da colônia que a história e a cultura da Europa puderam ser celebradas como únicas e triunfantes”. Do original: “*In the encounter with the people they colonized, the Europeans began to define themselves by the contrasts they found and imagined to be. They created a special cultural dependency relationship; their vaunted superiority required a juxtaposed inferiority: the ‘civilized’ required the existence of the ‘uncivilized’.* As one anthropologist has put it: ‘[It] was through the study and narrativization of colonial others that Europe’s history and culture could be celebrated as unique and triumphant’”.

¹¹ ANGHIE, Antony. **Imperialism, sovereignty and the making of international law**. Cambridge University Press, 2004, p. 102.

¹² ANGHIE, **The evolution...**, 2006, p. 745.

¹³ SUBEDI, Surya. **International investment law – reconciling policy and principle**. 2. ed. Hart Publishing, 2012, p. 7.

contraposição entre os regimes imperial e colonial propiciou o surgimento de um sistema jurídico internacional de regulação da atividade econômica externa, construído a partir do direito internacional europeu e de seus conceitos formadores, tais como propriedade, patrimônio privado, economia e regulação.¹⁴ O arranjo jurídico internacional de regulação da atividade econômica imperial compreendia não só o comércio, mas também os investimentos estrangeiros, importante vetor da política econômica dos países europeus desde então.

Os princípios jurídicos de proteção aos investimentos estrangeiros autorizavam o uso da força para a consecução dos objetivos da política comercial expansionista europeia nos séculos XVIII e XIX¹⁵, ela própria um símbolo do imperialismo do Velho Mundo.¹⁶ Tratava-se da chamada “diplomacia do canhão” (*gunboat diplomacy*), época em que o recurso às armas para a garantia de investimentos estrangeiros era expediente corriqueiro.¹⁷ Ao associar a proteção a investidores ao próprio direito internacional, inclusive com respaldo ao uso da força, os países exportadores de capital direcionaram a evolução do regime jurídico internacional referente aos investimentos estrangeiros de modo a torná-lo um mecanismo de proteção aos investidores.¹⁸ A divisão conceitual do mundo entre nações civilizadas e incivilizadas fragilizou a posição do Estado receptor, relegado a mero objeto de apropriação por parte da metrópole e insuscetível de opor-se juridicamente às prerrogativas garantidas aos investidores pelo direito internacional.

¹⁴ MILES, Kate. **The origins of international investment law – empire, environment and the safeguarding of capital**. Cambridge University Press, 2013, p. 22.

¹⁵ MILES, 2013, p. 32.

¹⁶ BETTS, 1998, p. 13: “Imperialismo, nesse esquema global, era um ganancioso capitalismo expandido além-mar em uma desesperada busca de novos mercados e recursos para gerir, outras pessoas para oprimir, tudo inspirado pela avidez na obtenção de novas oportunidades de investimento e ulterior lucro”. Do original: “*Imperialism, in this global scheme of things, was rapacious capitalism expanded overseas in a desperate search for new markets and resources to command, other people to oppress, all motivated by the desire for investment opportunities and subsequent profit*”.

¹⁷ SORNARAJAH, M. **The international law on foreign investment**. 3. ed. Cambridge University Press, 2010, p. 12.

¹⁸ MILES, 2013, p. 7.

Mesmo diante da pujança imperialista, Estados receptores, em particular os latino-americanos, não permaneceram inertes. Principal expressão do movimento de contestação da proteção internacional ao capital estrangeiro, a Doutrina Calvo, assim batizada em homenagem a um clássico estudo lançado pelo jurista argentino Carlos Calvo em 1868, defendia que estrangeiros e nacionais, absolutamente iguais perante a lei, deveriam submeter-se exclusivamente à jurisdição do Estado receptor. A Doutrina Calvo lastreava-se na igualdade entre os Estados soberanos e sugeria o esvaziamento do instituto da proteção diplomática, que pretensamente sujeitaria a resolução de controvérsias às pressões exercidas por países imperialistas. Embora não tenha prevalecido no plano internacional, a Doutrina Calvo foi incorporada a diversas constituições e tratados de países latino-americanos na primeira metade do século XX.¹⁹

O primeiro quarto do século XX testemunhou a emergência de diversos movimentos políticos com repercussão no direito internacional dos investimentos. A noção de propriedade privada, construída a partir do ideário europeu, foi abalada com expropriações levadas a efeito pelo governo revolucionário da Rússia, que implementou um compreensivo programa de nacionalização da economia sem, todavia, compensar os expropriados, e pelo do México, que promoveu reiteradas expropriações sob o manto da função social da propriedade.²⁰

Resultado do rompimento absoluto com a ordem político-econômica do século XIX²¹, a Revolução Russa de 1917 implantou o

¹⁹ SUBEDI, 2012, p. 14.

²⁰ LOWENFELD, Andreas F. **International economic law**. Oxford University Press, 2002, p. 392.

²¹ A propósito, v. HOBBSAWM, Eric. **The age of extremes – a history of the world, 1914-1991**. Vintage, 1996, p. 55: Do original: “Parecia óbvio que o mundo antigo estava condenado. A sociedade antiga, a economia e os sistemas políticos antigos haviam, como o adágio chinês coloca, ‘perderam o mandato dos céus’. A humanidade estava esperando uma alternativa. Essa alternativa era familiar em 1914. Partidos socialistas, amparados pelas classes trabalhadoras em crescimento em seus países e inspiradas pela crença na história inevitabilidade de sua vitória, representavam essa alternativa na maior parte da Europa”. Do original: “*It seemed obvious that the old world was doomed. The old society, the economy, the old political systems had, as the Chinese phrase put it, ‘lost the mandate of heaven’. Humanity was waiting for an alternative. Such an alternative was familiar in 1914. Socialist parties, resting on the*

socialismo e aboliu por decreto a propriedade privada sem garantir aos afetados, nacionais ou estrangeiros, qualquer tipo de indenização.²² O confisco entabulado pelo governo revolucionário chocou países do Ocidente, que reivindicavam compensação pelos danos causados a seus nacionais. A despeito dos interesses contrariados, a controvérsia foi resolvida no âmbito diplomático.²³

No México, a queda do liberal Porfírio Díaz em 1911 após quase três décadas de ditadura²⁴ levou a um período de instabilidade política e intermitentes intervenções realizadas pelos Estados Unidos. A Constituição mexicana de 1917, fruto da revolução que derrubou o Porfirismo, foi pioneira na garantia de direitos sociais e consagrou em seu artigo 27 a “função social da propriedade”, que motivou a tomada de propriedades privadas para a consecução de objetivos públicos. Graças a

support of the expanding working classes of their countries and inspired by a belief in the historic inevitability of their victory, represented this alternative in most countries of Europe”.

²² Ibidem, p. 393.

²³ LOWENFELD, 2002, p. 393: “Os países ocidentais nunca aceitaram formalmente a posição soviética como legal, mas gradualmente acabaram por acatar os ‘fatos sobre o chão’. Mesmo os Estados Unidos, que se negaram a reconhecer a União Soviética até 1933, fez uma espécie de resolução de controvérsia com a URSS naquele ano – o chamado *Litvinov Assignment*”. Do original: “*The Western nations never formally accepted the Soviet position as legal, but gradually came to terms with the ‘facts on the ground’. Even the United States, which had refused to extend recognition to the Soviet Union until 1933, made a kind of claims settlement with the USSR in that year – the so-called Litvinov Assignment*”.

²⁴ Sobre o tema, v. WILLIAMSON, Edwin. **The Penguin history of Latin America**. London: Penguin Books, 2009, p. 378: “No último quarto do século XIX, o México, como a Argentina e o Chile, desfrutou de estabilidade política e progresso econômico. Diferentemente desses países, entretanto, o México não conseguiu estabelecer as condições para uma democracia constitucional. Ao invés, o país foi comandado nesse período por um ditador liberal, Porfírio Díaz, que não fez mais do que fingir apoiar a grande Constituição liberal de 1857”. Do original: “*For the last quarter of the nineteenth century, Mexico, like Argentina and Chile, had enjoyed political stability and economic progress. Unlike those republics, however, it had failed to establish the conditions for constitutional democracy. Instead, it had been ruled throughout this period by a Liberal dictator, Porfirio Diaz, who paid no more than lip-service to the great liberal constitution of 1857*”.

esse brocardo, nem todas as expropriações levadas a efeito pelo governo revolucionário mexicano operaram-se sem compensação, diferentemente do que ocorreu na União Soviética.²⁵

As reformas implementadas pelo governo revolucionário mexicano repercutiram no principal vizinho do país, os Estados Unidos, que buscaram nas décadas seguintes a reparação de seus nacionais cujas terras foram expropriadas para reforma agrária. Os esforços diplomáticos norte-americanos foram intensificados em decorrência da relutância do México quanto à compensação dos investidores prejudicados.²⁶ Nas negociações com o governo mexicano, o então Secretário de Estado norte-americano, Cordell Hull, defendeu a ideia de que o direito internacional garantiria padrão mínimo de tratamento aos estrangeiros, motivo pelo qual as compensações pelas expropriações conduzidas pelo México na década de 1920 deveriam ser “imediatas, adequadas e efetivas” (*“prompt, adequate and effective”*). Essa expressão, batizada de Padrão Hull em homenagem a seu precursor, contrapõe-se à Doutrina Calvo no sentido de que, independentemente do

²⁵ LOWENFELD, 2002, p. 394: “Para o México e outros países da América Latina, a função social da propriedade não significava expropriação sem compensação, mas sim distinções entre a tomada, pelo Estado, de uma casa onde uma escola ou uma rodovia seriam construídas e a propriedade estatal (ou aquisição de propriedade) de uma indústria maior, como a de geração de energia elétrica, exploração de petróleo ou rodovias. No primeiro caso, compensação, geralmente prévia e praticamente em valor integral, era contemplada, se não sempre garantida. No último, assim como na redistribuição de terras pelos programas de reforma agrária, compensação não era excluída, mas não precisava ser prévia ou imediata, e a capacidade do Estado de pagar era um importante fator na determinação de qual nível de compensação seria adequado”. Do original: “*For Mexico, and other countries of Latin America, the social function of property did not mean expropriation without compensation. But it meant distinctions between state-taking of a private home where a school or a highway was to be built, and state ownership (or acquisition of ownership) of a major industry, such as electric power generation, petroleum exploration, or railroads. For the former, compensation, generally prior and more or less in full value, was contemplated, if not always implemented. For the latter, as well as for redistribution of land pursuant to agrarian reform programs, compensation was not excluded, but it need not be prior or prompt, and the state’s ability to pay was an important factor in determining what level of compensation was appropriate*”.

²⁶ SUBEDI, 2012, p. 15.

direito doméstico do Estado receptor, expropriações de ativos de estrangeiros devem ser reparadas.²⁷ De certa maneira, essa contraposição é a síntese básica do direito dos investimentos.

O padrão mínimo de tratamento (*international minimum standard*) prevaleceu no direito internacional graças à proeminência política dos países exportadores de capital e, hoje, é a pedra angular do direito dos investimentos. Graças a seu conteúdo impreciso, a expressão é fonte de acesa controvérsia. É certo que o padrão mínimo encontra-se ligado à ideia de compensação por expropriações nos termos do Padrão Hull – indenização “imediata, adequada e efetiva”. De outro lado, a utilização do brocardo para a defesa de outras garantias a investidores, como a proteção integral ou mesmo o direito ao acesso a mecanismos internacionais de solução de controvérsias, é questionável.²⁸

O padrão mínimo de tratamento guarda estreita relação com o instituto da proteção diplomática. Antes da consolidação da rede de tratados de investimento, fenômeno que ganhou força principalmente no último quarto do século XX – e que será analisado oportunamente ainda neste capítulo –, investidores dependiam do auxílio dos Estados de onde eram nacionais para obter reparação na hipótese de eventual quebra do padrão mínimo de tratamento, ilícito internacional que ensejava a responsabilidade do país receptor.

Na prática, o padrão mínimo de tratamento representava um gatilho por meio do qual países exportadores de capital subjugavam Estados receptores com ameaças de intervenção política.²⁹ A retórica

²⁷ Sobre o tema, v. FONTOURA COSTA, José Augusto. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 67: “A Doutrina Calvo [...], ao equiparar os direitos dos estrangeiros aos dos nacionais, excetua a aplicação do Direito Internacional e, com esta, os padrões mínimos de proteção da propriedade. Os investidores e investimentos seguem, destarte, o Direito do país receptor, mesmo que este proteja a propriedade de modo imperfeito e ofereça padrões de compensação inferiores ao proposto por Hull”.

²⁸ KLÄGER, Roland. **“Fair and Equitable Treatment” in international investment law**. Cambridge University Press, 2011, p. 51.

²⁹ MILES, 2013, pp. 48-9: “[...] como uma violação do padrão mínimo internacional despertava o direito de intervir, essa regra era usada, por vezes, como premissa para interferência política no Estado receptor. Com a aglutinação dos interesses de Estados e investidores no princípio da proteção diplomática, Estados exportadores de capital encontravam-se aptos a exercer controle sobre o processo de proteção de investimentos e a garantir que seus

imperialista, central para a formação do direito internacional³⁰, orientou a formação de um regime destinado a conceder garantias internacionais à atividade econômica transfronteiriça a partir da ideia de que, para evitar pressões dos Estados receptores sobre seus respectivos sistemas de justiça, investidores estrangeiros disporiam de proteção de caráter internacional, pretensamente livre de ingerências indevidas. A despeito de objeções isoladas à sua aceitação³¹, o padrão mínimo de tratamento, embora sob outras vestes, ainda permanece vivo no direito dos investimentos como um visível resquício do imperialismo que informou a construção histórica da disciplina.

A ordem internacional inaugurada nos estertores da II Guerra Mundial redimensionou a balança global de poder ao inaugurar um amplo processo de descolonização de regiões africanas e asiáticas. A doutrina da autodeterminação, produto do entreguerras, foi adotada e adaptada pelas Nações Unidas para promover e gerir a transformação dos territórios coloniais em Estados independentes e soberanos.³² A descolonização, que proclamava a poderosa crença de que, pela primeira vez, o direito internacional tornara-se verdadeiramente universal³³, provocou a criação de uma profusão de novos países que, incorporados à comunidade internacional – ao menos sob o ponto de vista formal –, clamavam pela possibilidade de conduzir seu próprio desenvolvimento econômico após longo período de submissão ao jugo das metrópoles. Evidenciava-se, assim, a divergência intrínseca entre os interesses dos países exportadores de capital, cujas empresas dominavam a exploração

mais amplos objetivos comerciais e políticos seriam contemplados”. Do original: “[...] *as a breach of the international minimum standard enlivened a right of intervention, this rule was used, at times, as a premise for political interference within the host state. With the enmeshing of state and investor interests in the principles of diplomatic protection, capital-exporting states were able to exert control over the investment protection process and ensure their wider commercial and political objectives were also met*”.

³⁰ ANGHIE, **The evolution...**, 2006, p. 742.

³¹ MILES, 2013, p. 49: “Embora a aplicação do padrão mínimo internacional era fortemente defendida e garantida por Estados exportadores, ela não era inconteste”. Do original: “*Although the application of an international minimum standard was strongly asserted, and enforced, by capital-exporting states, it was not uncontested*”.

³² ANGHIE, **Imperialism...**, 2004, p. 196.

³³ Idem.

da atividade econômica nas antigas colônias, e as necessidades imediatas do dito Terceiro Mundo.

Segundo Anghie, a intenção do Terceiro Mundo era desenvolver o projeto, inaugurado por juristas do entreguerras, de distanciar o direito internacional de seu passado colonial e reconstruí-lo de modo a servir aos interesses de toda a comunidade internacional.³⁴ Entretanto, no âmbito do direito dos investimentos, os exportadores de capital desafiavam a pretensão dos países recém-independentes, fragilizados diante da existência de normas internacionais a proteger investidores.³⁵ Valendo-se da igualdade formal entre os países no âmbito da Assembleia-Geral das Nações Unidas, os novos Estados conceberam dois importantes mecanismos jurídico-políticos de modo a balancear o equilíbrio de poder no panorama internacional formado após a II Guerra: o princípio da soberania permanente sobre recursos naturais e a formação da Nova Ordem Econômica Internacional.

2.2 Descolonização e o surgimento do princípio da soberania permanente sobre recursos naturais

O término da II Guerra Mundial redimensionou não apenas a balança global de poder, fazendo emergir a bipolarização Estados Unidos-União Soviética, mas também o mapa-múndi. O avanço tecnológico oportunizou o desenvolvimento de novos meios de comunicação e, com eles, a formação de uma verdadeira opinião pública internacional, que, reverberando os anseios de populações subjugadas, condenava a ideia de que países desenvolvidos deveriam ocupar e colonizar territórios em além-mar simplesmente por dispor de recursos e meios para tal.³⁶ Os impérios coloniais que dominaram a política internacional ao longo do século XIX, notadamente a França e o Reino Unido, estavam fadados ao ocaso.

A descolonização, afirma Raymond Betts, “não foi um processo, mas um conjunto de atividades e eventos intermitentes realizados em salas de conferências, encenados em protestos

³⁴ Ibidem, p. 198.

³⁵ GATHI, James Thuo. **War's legacy in international investment law.** International Community Law Review 11, 2009, p. 363.

³⁶ BETTS, 1998, p. 1.

organizados nas ruas e combatidos em selvas e florestas”.³⁷ Mais do que uma opção unilateral das metrópoles, o dismantelamento dos impérios coloniais construídos sobretudo a partir do fim do século XIX contou com a participação direta das populações colonizadas, como define Raymond Betts:

A descolonização foi também o resultado da demanda por reforma, do protesto contra os caprichos da administração da colônia e a luta pela independência – essa última gama de ressentimento chegando ao seu extremo com os “movimentos de libertação nacional”. A descolonização pode, portanto, ser apresentada como um triângulo equilátero, um arranjo com três partes de semelhante importância: política nacional, desenvolvimentos internacionais e movimentos coloniais de protesto.³⁸

Os principais impérios coloniais, em especial a França e o Reino Unido, dismantelaram-se paulatinamente a partir da década de 1950, dando lugar a dezenas de novos Estados soberanos. A descolonização do pós-guerra alterou radicalmente o panorama internacional, sepultando a velha organização econômica, política, cultural e geográfica por meio da qual as potências ocidentais exerciam sua influência sobre o resto do mundo.³⁹ Se antes da II Guerra aproximadamente um terço da população vivia sob o domínio imperial ou colonial, no início do século XXI esse número era inferior a 0,1%, o que revela a abrangência e a dimensão do fenômeno.⁴⁰

³⁷ Idem. Do original: “Decolonization was not a process but a clutch of fitful activities and events, played out in conference rooms, acted out in protests mounted in city streets, fought over in jungles and mountains”.

³⁸ Ibidem, p. 37. Do original: “Decolonization was also the result of the demand for reform, the protest against capricious colonial rule, and the struggle for independence – this last range of resentment reaching its extreme in the ‘national liberation movements’. Decolonization might therefore be visually presented as an equilateral triangle, an arrangement of three parts of similar significance: national politics, international developments, and colonial protest movements”.

³⁹ SPRINGHALL, John. **Decolonization since 1945**. New York: Palgrave, 2001, p. 4.

⁴⁰ Ibidem, p. 1.

O fenômeno da descolonização no pós-guerra afetou principalmente a África e a Ásia, regiões repletas de recursos naturais e matérias-primas indispensáveis à produção industrial. Em um curto intervalo de tempo, surgiram países como Líbia (independente em 1951), Tunísia (1956), Mali (1960), Nigéria (1960), Argélia (1963) e Quênia (1963). Curiosamente, as fronteiras traçadas pelas metrópoles europeias foram, grosso modo, preservadas pelas novas nações. Ainda assim, a descolonização não eliminou aspectos da dominação histórica, dentre os quais o mais marcante é a dependência econômica.⁴¹ No afã de suplantar essa dependência, a ideologia nacionalista dos movimentos de libertação motivou a adoção, por parte dos países recém-independentes, de políticas econômicas estatizantes, o que contrariou interesses das metrópoles e de nacionais seus que investiam nessas regiões.⁴²

⁴¹ BUTLER, L. J. *et al.* **Crises of empire – decolonization and Europe's imperial states, 1918-1975**. London: Hodder Education, 2008, p. 6.

⁴² V. NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. **Law and practice of investment treaties**. Kluwer Law International, 2010, pp. 18-9: “Disputas sobre investimentos estrangeiros cresceram e se intensificaram após a II Guerra Mundial, vez que a descolonização resultou na transformação de territórios coloniais em Estados. Muitos desses novos países independentes, juntamente com países comunistas do Leste Europeu, adotaram políticas econômicas socialistas, incluindo nacionalizações de setores-chave de suas economias. Exemplos notáveis incluem a nacionalização de grandes indústrias no Leste Europeu, na China, em Cuba e na América Latina (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Guatemala e Peru); a nacionalização, pela Indonésia, de propriedades holandesas; a nacionalização do Canal de Suez pelo Egito; e as nacionalizações da indústria petrolífera por todo o Oriente Médio e o Norte da África (Argélia, Irã, Iraque, Líbia, Kuwait e Arábia Saudita).” Do original: “*Disputes over the treatment of foreign investment increased and intensified after WWII as the process of decolonization resulted in colonial territories becoming states. Many of these newly independent states, along with the Eastern European communist states, adopted socialist economic policies, including large scale nationalizations of key sectors of their economies. Notable examples include the nationalizations of major industries in Eastern European states, China, Cuba, and Latin America (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Guatemala and Peru); the Indonesian nationalization of Dutch properties; the Egyptian nationalization of the Suez Canal; and the nationalizations of the oil industry throughout the Middle East and Northern Africa (Algeria, Iran, Iraq, Libya, Kuwait and Saudi Arabia)*”.

Os países do dito “Terceiro Mundo”, expressão cunhada pelo sociólogo francês Alfred Sauvy, opunham-se ao conflito entre Ocidente e Oriente. A realização da Conferência de Bandung, em 1955, primeira mobilização internacional do pós-guerra que não contou com a participação de qualquer das potências globais, foi um marco da luta contra o colonialismo e da busca pela autodeterminação dos povos.⁴³ A despeito da orientação particular de cada Estado participante, foi notável a intenção de construir-se um bloco terceiro mundista, mobilizado em torno da criação de uma via alternativa à bipolarização que marcou a Guerra Fria. O Movimento dos Países Não-Alinhados, que surgiu do encontro, em 1960, dos líderes do Egito (Gamal Abdel Nasser), da Iugoslávia (Josip Broz Tito) e da Índia (Jawaharlal Nehru), surgiu para reafirmar a existência do bloco terceiro mundista e consolidá-lo como uma terceira via, apartada da divisão entre o bloco soviético e o capitalista.

O realinhamento da geopolítica global que se seguiu à descolonização repercutiu diretamente na Organização das Nações Unidas. Desde sua criação, em 1945, a ONU mostrava-se disposta a incentivar a emancipação de regiões sob o controle de metrópoles e a garantir o direito de autodeterminação dos povos.⁴⁴ A instauração do Conselho de Tutela, previsto expressamente na Carta das Nações Unidas

⁴³ A propósito, v. VAISSE, Maurice. **As relações internacionais a partir de 1945**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 71: “Essa conferência, que acontece entre 17 e 24 de abril de 1955 na antiga capital da Indonésia, marca uma reviravolta na história da descolonização. Os promotores da conferência são os chefes dos governos da Birmânia, do Ceilão, da Índia, da Indonésia e do Paquistão (grupo de Colombo), que decidem convocar na Indonésia uma conferência de países africanos e asiáticos. Entre os 24 governos representados, três tendências se afirmam: uma tendência pró-ocidental (Filipinas, Japão, Vietnã do Sul, Laos, Tailândia, Turquia, Paquistão, Etiópia, Líbano, Líbia, Iraque e Irã), uma tendência neutralista (Afeganistão, Birmânia, Egito, Índia, Indonésia e Síria) e uma tendência comunista (China e Vietnã do Norte). [...] De qualquer forma, a condenação do colonialismo, principal tema da conferência, é a mais ampla possível”.

⁴⁴ VAISSE, 2013, p. 82: “Entre o movimento de descolonização e a organização das Nações Unidas, as interações são evidentes. Por meio de reiterados debates sobre a descolonização, a ONU certamente tem um peso na independência das colônias, como mostram as votações sobre a inscrição na ordem do dia da Assembleia das Nações Unidas sobre a questão argelina”.

(artigos 7 e 86-91), com o objetivo de “promover a evolução dos habitantes de territórios sob tutela e seu desenvolvimento progressivo em direção ao autogoverno ou à independência” é prova dessa orientação.⁴⁵

Fundamentada na igualdade entre seus membros⁴⁶, a ONU apresentava-se como o foro ideal para o ressoar das aspirações políticas, sociais e econômicas da miríade de países recém-criados, ainda materialmente subjugados pelas metrópoles. A dominação do Conselho de Segurança pelas principais potências do pós-guerra fez da Assembleia-Geral das Nações Unidas, órgão democrático por excelência, o verdadeiro palco da emergência política dos novos Estados.

Em 1960, a Assembleia-Geral editou a Resolução 1514 (XV), intitulada “Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais”, por meio da qual se definiu que o subjugo, a exploração e a dominação de um povo ou de uma região violam a Carta das Nações Unidas na medida em que comprometem a paz mundial e a cooperação entre os povos.⁴⁷ O documento transpõe a retórica anticolonialista que passou a prevalecer na ONU à medida que a Assembleia-Geral, tomada pelos novos Estados, foi-se estabelecendo como a principal caixa de ressonância de questionamentos quanto à hegemonia ocidental nos planos econômico e político.

A paralisia do Conselho de Segurança das Nações Unidas, comprometido em decorrência da feroz contraposição de interesses entre EUA e União Soviética – ambos detentores da prerrogativa de veto – em plena Guerra Fria, fortaleceu o papel da Assembleia-Geral na política internacional. Beneficiando-se dessa conjuntura, o bloco terceiro

⁴⁵ Disponível em <http://www.un.org/en/mainbodies/trusteeship/>. Acesso em 27.set.2014. Do original: “Major goals of the System were to promote the advancement of the inhabitants of Trust Territories and their progressive development towards self-government or independence”.

⁴⁶ Artigo 2 da Carta das Nações Unidas: “Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.”.

⁴⁷ Artigo 1 da Carta das Nações Unidas: “A sujeição dos povos a uma subjugação, dominação e exploração constitui uma negação dos direitos humanos fundamentais, é contrária à Carta das Nações Unidas e compromete a causa da paz e da cooperação mundial”.

mundista elegeu a Assembleia-Geral para dar início à busca por reformas estruturais na economia global. Nesse contexto, a gestão dos recursos naturais tornou-se um dos principais elementos da agenda político-econômica internacional.

A ascensão do nacionalismo econômico na década de 1950 despertou a atenção da comunidade internacional para a importância da gestão dos recursos naturais, radicalmente alterada após o movimento da descolonização.⁴⁸ Os programas de nacionalização levados a efeito pelos países recém-independentes originaram múltiplas discussões a respeito da validade dos instrumentos jurídicos concebidos pelas antigas metrópoles – tratados, contratos, acordos de concessão – para regulamentar a exploração dos recursos naturais das ex-colônias antes da independência. A radical contraposição de interesses entre metrópoles e colônias quanto à gestão dos recursos naturais levou a questão à ONU.

Editada em 1952, a Resolução n. 626 (VII) da Assembleia-Geral, fruto de uma ampla discussão entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, a qual renunciaria um longo período de disputa política na ONU a respeito da gestão dos recursos naturais, dispunha sobre “o direito à livre exploração das riquezas e dos recursos naturais”. O lacônico documento – de apenas 2 artigos – apresenta linguagem contraditória: ao tempo em que reconhece o direito dos Estados-membros à exploração dos recursos naturais como um atributo da soberania, sugere que essa prerrogativa seja compatibilizada com o fluxo de capital, de maneira segura e a preservar a cooperação econômica entre as nações. Essa contradição reflete o estágio então incipiente da discussão a respeito da soberania permanente sobre recursos naturais⁴⁹ e, principalmente, a dificuldade de chegar-se a um

⁴⁸ A nacionalização da *Anglo-Persian Oil Company* levada a efeito em 1951 pelo governo iraniano do Primeiro Ministro Mohammed Mossadegh, que levou a um golpe de Estado seis anos mais tarde e a estatização do Canal de Suez em 1956 são exemplos da ascensão do nacionalismo econômico. A propósito do tema, v. SCHRIJVER, Nico. **Development without destruction: The UN and global resource management**. Bloomington: Indiana University Press, 2010, pp. 38-41.

⁴⁹ Sobre o tema, v. SCHRIJVER, Nico. **Sovereignty over natural resources – balancing rights and duties**. Cambridge University Press, 1997, p. 49: “Não é possível considerar que a resolução tenha contribuído muito para a formulação e o esclarecimento do princípio da soberania permanente, mas a Assembleia-

consenso sobre o tema. Mesmo após a Resolução n. 626 (VII), a gestão dos recursos naturais continuou na pauta da Assembleia-Geral das Nações Unidas, que montou uma comissão composta por representantes de diversos países cujo propósito era “(1) elaborar uma ampla pesquisa sobre o direito de pessoas e países à soberania permanente sobre sua riqueza e recursos naturais, identificada como ‘componente básico do direito à autodeterminação’ e (2) formular recomendações, quando necessário, sobre o fortalecimento desse direito”.⁵⁰ A importância das discussões travadas nessa comissão estava relacionada ao fato de que, no início dos anos 1960, a soberania permanente sobre os recursos naturais era vista pelo bloco terceiro mundista como o principal elemento na busca pelo desenvolvimento econômico e na redistribuição de riquezas e poder na relação com o mundo industrializado.⁵¹

A afirmação da soberania permanente como princípio de direito internacional veio com a edição, em 1962, da Resolução n. 1803 (XVII) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Nico Schrijver lembra com perspicácia que a aludida resolução seria, por assim dizer, a versão econômica da antes mencionada “Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais”, documento editado dois anos antes e que refletia eminentemente a dimensão política do fenômeno da descolonização.⁵² O princípio da soberania permanente, pondera Nico Schrijver, foi concebido a fim de “garantir aos Estados recém-independentes uma proteção legal contra a violação de sua soberania econômica como resultado do exercício de direitos de

Geral indubitavelmente cumpriu um de seus principais papéis: servir de plataforma para o debate político e de inventariante das visões de vários grupos de Estados-membros”. Do original: “*The resolution cannot be said to have been very instrumental in the legal formulation and clarification of the principle of permanent sovereignty, but the General Assembly undoubtedly performed here one of its principal roles: to serve as a platform for political debate and as stock-taker of the views of the various groups of member States*”.

⁵⁰ SCHRIJVER, **Development...**, 2010, p. 41. Do original: “[...] (1) to conduct a full survey of the right of peoples and nations to ‘permanent sovereignty over their natural wealth and resources’ that they identified as a basic constituent of the right to self-determination”; and (2) to make recommendations, where necessary, about strengthening this right”.

⁵¹ Ibidem, p. 43.

⁵² Ibidem, p. 42.

propriedade ou contratuais reclamados por outros Estados ou companhias estrangeiras”.⁵³

A Resolução n. 1803 (XVII) é paradigmática em diversos sentidos. O documento representa a efetiva incorporação da problemática do desenvolvimento econômico dos novos Estados na agenda das Nações Unidas, antes dominada principalmente por questões relacionadas à paz e à segurança internacional.⁵⁴ Ademais, a discussão de um tema tão caro ao bloco terceiro mundista evidenciou a importância adquirida pelos países em desenvolvimento no pós-guerra⁵⁵ e, por consequência, contribuiu para a consolidação da ONU como um foro verdadeiramente global.

O artigo 1 da Resolução n. 1803 (XVII) atrelou o exercício da soberania permanente sobre recursos naturais à consagração do interesse nacional e do bem-estar da população do Estado em causa. O dispositivo reconhece, ainda que indiretamente, o direito à autodeterminação dos

⁵³ SCHRIJVER, *Sovereignty...*, 1997, p. 3. Do original: “[...] *to provide the newly independent States with a legal shield against infringement of their economic sovereignty as a result of property rights or contractual rights claimed by other States or foreign companies*”.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁵ A propósito, v. HOBBSBAM, 1996, p. 345: “[...] o importante sobre eles [*países recém-independentes*] não era seu número, mas o enorme e crescente peso demográfico e a pressão que exerciam coletivamente. Isso era consequência de uma incrível explosão demográfica no mundo dependente depois da II Guerra Mundial, que mudou, e continua a mudar, o equilíbrio da população mundial. Desde a primeira revolução industrial, possivelmente desde o século XVI, esta pendia em favor do mundo ‘desenvolvido’, ou seja, de populações na Europa ou dela originadas. De menos de 20% da população global em 1750, [*os países em desenvolvimento*] cresceram para constituir um terço da população mundial em 1900”. Do original: “[...] *the important thing about them was not their number, but the enormous and growing demographic weight and pressure they represented collectively. This was the consequence of an astonishing demographic explosion in the dependent world after the Second World War, which changed, and continues to change, the balance of world population. Since the first industrial revolution, possibly since the sixteenth century, this had been moving in favour of the ‘developed’ world, i.e. of populations in or originating from Europe. From less than 20 per cent of the global population in 1750, these had risen to constitute one third of humanity by 1900*”.

povos⁵⁶, questionado pelos países desenvolvidos graças às implicações dessa construção para a proteção jurídica a investimentos estrangeiros.⁵⁷ Aliás, o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais despertou instantaneamente problemas ligados à disciplina jurídica da atividade econômica no estrangeiro.

O nacionalismo econômico dos anos 1950 trouxe à tona questões jurídicas candentes, ligadas principalmente ao instituto da expropriação. O princípio do *pacta sunt servanda* opunha-se ao da soberania permanente nas discussões sobre a validade, após a independência das colônias, de acordos de concessão celebrados com as antigas metrópoles. Os países em desenvolvimento defendiam que, após a independência, as obrigações assumidas pelas antigas metrópoles não mais lhes seriam aplicáveis e, ainda, que a compensação devida em caso de expropriação seria baseada nas leis domésticas do Estado receptor.⁵⁸

Em contraposição a essa ideia, o artigo 4 da Resolução n. 1803 (XVII) estabelece que as indenizações devidas a investidores expropriados deverão ser “adequadas” – expressão, ressalte-se, menos compreensiva do que o Padrão Hull, pelo qual a indenização deve ser “imediata, adequada e efetiva” – e pagas “em conformidade com o direito internacional”.⁵⁹ Apesar das divergências político-ideológicas que opuseram países desenvolvidos e em desenvolvimento nas discussões que precederam a elaboração da Resolução n. 1803 (XVII), o dispositivo evidencia a convergência da comunidade internacional

⁵⁶ SUBEDI, 2012, p. 21.

⁵⁷ FONTOURA COSTA, 2010, p. 80.

⁵⁸ NEWCOMBE; PARADELL; 2010, p. 19.

⁵⁹ Artigo 4 da Resolução n. 1803 (XVII) da Assembleia-Geral das Nações Unidas: “A nacionalização, expropriação ou requisição dever-se-ão basear em fundamentos ou razões de utilidade pública, segurança ou interesse nacional reconhecidos como superiores aos interesses puramente individuais ou privados, tanto nacionais como estrangeiros. Nestes casos, o proprietário deverá receber uma indemnização adequada, de acordo com as normas em vigor no Estado que toma tais medidas no exercício da sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Sempre que a questão da indemnização der origem a controvérsia, dever-se-ão esgotar as vias de recurso no âmbito da jurisdição do Estado que adopta as medidas. Contudo, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser dirimido através da arbitragem ou da justiça internacional”.

quanto à existência de um padrão mínimo de tratamento a investimentos estrangeiros.

Aplacar as divergências intrínsecas que envolviam as discussões a propósito da soberania permanente sobre recursos naturais exigia das Nações Unidas a elaboração de um texto aberto, repleto de concessões em favor – e em desfavor – de ambos os blocos. Diante dessa circunstância, a Resolução n. 1803 (XVII) adotou uma linguagem genérica, de modo a deixar espaço para que questões como o direito aplicável em caso de expropriação e a existência, ou não, de jurisdição para a apreciação de eventual demanda deflagrada por investidores fossem definidas caso a caso ou em acordos particulares.⁶⁰

A discussão sobre a soberania permanente sobre recursos naturais não tardou a ser incorporada à questão ambiental. O princípio, concebido de início como um instrumento econômico de desenvolvimento de países recém-independentes, tornou-se objeto de consideração do movimento ambientalista especialmente a partir da década de 1970, na medida em que a comunidade internacional, ciente da transnacionalidade do dano ambiental trazida pela globalização dos mercados e da produção, passou a reconhecer a importância da cooperação em matéria de ecologia.⁶¹ Nesse sentido, o princípio 21 da Declaração de Estocolmo de 1972, que reconheceu formalmente a relação da soberania permanente com a responsabilidade pela gestão do meio ambiente, reafirmou a prerrogativa soberana quanto à disposição dos recursos naturais, mas assegurou que as respectivas atividades de exploração não podem prejudicar o meio ambiente de Estados fronteiriços.⁶²

Em 1966, a Assembleia-Geral das Nações Unidas editou a Resolução n. 2158 (XXI), que reafirmou o “direito alienável de todos os países de exercer soberania permanente sobre seus recursos naturais, [...]”

⁶⁰ No mesmo sentido, v. FONTOURA COSTA, 2010, p. 82.

⁶¹ SANDS, 2003, p. 237.

⁶² Nesse sentido, destaque-se que, em seu artigo 194, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, estatui que Estados devem adotar as medidas necessárias para que atividades desenvolvidas sob sua jurisdição sejam controladas de modo a não provocar poluição e comprometer o meio ambiente de outros Estados. Tal orientação foi reiterada no princípio 2º da Declaração do Rio, produto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Eco-92.

em conformidade com o espírito e os princípios da Carta das Nações Unidas e como reconhecido na Resolução 1803 (XVII) da Assembleia-Geral”.⁶³ O documento exortava os países desenvolvidos a criar as condições para que o bloco terceiro-mundista conseguisse explorar seus recursos de maneira a promover seu desenvolvimento econômico, sugerindo, para tanto, que investidores estrangeiros oferecessem treinamento aos nacionais e promovessem transferência de tecnologia e *know-how*.

Todavia, o choque do petróleo de 1973/74 fez disparar o preço do combustível em todo o mundo⁶⁴, provocando uma crise generalizada que abalou severamente a economia global e, em particular, a do Terceiro Mundo.⁶⁵ O fracasso da construção de uma ordem econômica

⁶³ Artigo 1 da Resolução n. 2158 (XXI) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Do original: “*Reaffirms the inalienable right of all countries to exercise permanent sovereignty over their natural resources in the interest of their national development, in conformity with the spirit and principles of the Charter of the United Nations and as recognized in General Assembly Resolution 1803 (XVII)*”.

⁶⁴ Sobre o tema, v. SOLOMON, Robert. **Dinheiro em movimento**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 66: “O primeiro choque do petróleo (1973-74) teve dois efeitos [nos países em desenvolvimento]. Um foi a inchação de seus déficits, como ocorreu em praticamente todos os países importadores do combustível. Tiveram de aumentar seus empréstimos externos. O outro resultou do fato de que os principais países exportadores de petróleo – a maioria dos quais membros da OPEP – geraram superávits muito grandes em conta corrente. As nações da OPEP não forneceram créditos diretos aos países em desenvolvimento em grande escala”.

⁶⁵ FRIEDEN, Jeffry. **Global capitalism – its fall and rise in the twentieth century**. New York, W.W. Norton & Company, 2006, p. 363: Do original: “Depois de 1973, as tensões acumuladas do pós-Guerra afloraram. O crescimento nos países capitalistas desenvolvidos caiu para a metade do índice verificado no pós-Guerra por mais de uma década. O desemprego dobrou e triplicou; mais pessoas na Europa Ocidental e na América do Norte procuravam emprego do que em qualquer outra época desde os anos 1930. A inflação disparou para três ou quatro vezes o índice do pós-Guerra, e o preço do petróleo, o combustível do mundo industrial, subiu de três para trinta dólares o barril”. Do original: “*After 1973 the accumulated tensions of the postwar era came to a head. Growth in the advanced capitalist countries slowed to half its postwar rate for over a decade. Unemployment doubled and tripled, as more people pounded pavements in Western Europe and North America than at any*

internacional tal qual idealizada nas décadas anteriores, mais igualitária e verdadeiramente capaz de promover o desenvolvimento dos países recém-independentes, levou os países em desenvolvimento a buscar, no âmbito das Nações Unidas, a superação de desafios históricos por meio da construção de uma nova agenda econômica internacional.

2.3 A formação da Nova Ordem Econômica Internacional e seu impacto na regulamentação jurídica do investimento estrangeiro

Estimulados e influenciados pela crise do petróleo no início dos anos 1970, os países em desenvolvimento, que dispunham da maioria dos votos na Assembleia-Geral, fizeram aportar às Nações Unidas a Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), em cujo âmbito estava a reorientação da disciplina jurídica dos investimentos estrangeiros. O bloco terceiro-mundista, afirma James Gathii, defendia que “as regras relativas à responsabilidade dos Estados concediam-lhes competência para regular o investimento estrangeiro em seu território e para autorizá-los a regulamentar as condições sob as quais os investidores poderiam entrar em suas economias”⁶⁶, o que lhes permitia proibir a participação de companhias estrangeiras em setores estratégicos de suas economias.

Com a NOEI, os países do bloco terceiro mundista, inspirados pela política de não-alinhamento às potências hegemônicas, “buscaram confrontar e neutralizar a ‘alteridade’ do direito internacional dos investimentos e verdadeiramente participar de seu desenvolvimento”.⁶⁷ A primeira iniciativa do movimento foi a aprovação simultânea, em 1974, das Resoluções n. 3.201 (S-VI), intitulada “Declaração de Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial”, e n. 3.202 (S-VI), que estabelecia um “Plano de Ação para o Estabelecimento de

time since the 1930s. Inflation went to three or four times the postwar average, and the price of oil, the industrial world’s lifeblood, rose from three to thirty dollars a barrel”.

⁶⁶ GATHII, 2009, p. 364. Do original: “They argued that rules of State responsibility gave them jurisdiction to regulate foreign investors within their territory, to enable them to regulate the conditions of under which these investors could enter into their economies [...]”

⁶⁷ MILES, 2013, p. 99. Do original: “[...] postcolonial states attempted to confront and neutralise the ‘otherness’ of international investment law and truly participate in its development”.

uma Nova Ordem Econômica Mundial”. O preâmbulo da primeira das aludidas resoluções é particularmente revelador do espírito do qual estavam imbuídos os países em desenvolvimento:

Nós, os membros das Nações Unidas [...], proclamamos solenemente nossa determinação conjunta para trabalhar urgentemente em prol do estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional baseada na equidade, na igualdade soberana, na interdependência, no interesse comum e na cooperação entre os Estados, independentemente de seus sistemas econômicos e sociais, que devem corrigir desigualdades e reparar as injustiças que já existem, tornar possível a eliminação o crescente abismo entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento e garantir desenvolvimento social e econômico estável, bem como paz e justiça para as gerações futuras.

Ao tempo em que valoriza as conquistas ligadas ao movimento de descolonização e à independência de diversos países em todo o globo, o documento reconhece que aspectos materiais da dominação histórica levada a efeito pelas metrópoles não haviam sido dirimidos: “os vestígios remanescentes da dominação colonial, da ocupação estrangeira, da discriminação racial, do *apartheid* e do neocolonialismo em todas as suas formas continuam entre os maiores obstáculos à completa emancipação e ao progresso dos países em desenvolvimento”, estabelece o artigo 1 da Resolução n. 3.201 (S-VI).⁶⁸

Os diversos princípios sobre os quais estabeleceu-se a NOEI constam do artigo 4 da Resolução n. 3.201 (S-VI). Não à toa os primeiros são a igualdade soberana entre os Estados, a não-intervenção em assuntos domésticos de outro Estado e o direito à autodeterminação dos povos, que fora condenado pelos países desenvolvidos nas discussões do princípio da soberania permanente sobre recursos naturais. A propósito, “as resoluções da NOEI foram adotadas em uma atmosfera de enfrentamento que contrastava frontalmente com o espírito

⁶⁸ “[...] the remaining vestiges of alien and colonial domination, foreign occupation, racial discrimination, apartheid and neo-colonialism in all its forms continue to be among the greatest obstacles to the full emancipation and progress of the developing countries and all the peoples involved”.

de cooperação e compromisso visto quando da edição das resoluções relativas à soberania permanente nos anos 60”.⁶⁹

Os países da NOEI foram influenciados pelos teóricos da dependência⁷⁰, abordagem nacionalista que procurava justificar o subdesenvolvimento dos países recém-independentes a partir sua posição periférica na economia global. A vulnerabilidade do bloco terceiro mundista, segundo teorias dependentistas, passaria pelo baixo valor de sua matéria-prima negociada no plano internacional e à tendência de queda dos preços das exportações de produtos agrícolas.⁷¹ Sobre o tema, Peter Muchlinski pondera que a teoria da dependência encarta uma expressão “que aglutina autores de diferentes perspectivas políticas e econômicas que concordam com a ideia básica no sentido de que os países subdesenvolvidos do ‘Terceiro Mundo’ têm uma relação

⁶⁹ SCHIRJVER, *Sovereignty...*, 1997, p. 83. Do original: “*The NIEO resolutions were adopted in an atmosphere of confrontation which sharply contrasted with the spirit of co-operation and compromise during the adoption of the resolutions on permanent sovereignty in the 1960s*”.

⁷⁰ Fernando Henrique Cardoso e Enzo Faletto discorrem sobre o tema à luz da perspectiva latino-americana em CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina – ensaio de interpretação sociológica**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 47: “Os países latino-americanos, como economias dependentes, ligam-se nessas distintas fases do processo capitalista aos diferentes países que atuam como centro e cujas estruturas econômicas incidem significativamente no caráter que adota a relação. O predomínio da vinculação com as metrópoles – Espanha ou Portugal – durante o período colonial, a dependência da Inglaterra mais tarde e dos Estados Unidos por último têm muita significação. [...] A relação de dependência adquire assim uma conotação de controle do desenvolvimento de outras economias, tanto da produção de matérias-primas como da possível formação de outros centros econômicos”.

⁷¹ Nessa direção v. GATHIL, 2009, p. 366: “Ao invés de associar a desigualdade de desenvolvimento a problemas internos em economias pobres, teóricos da dependência enfatizavam as limitações estruturais da economia global impostas por corporações multinacionais, intercâmbios desiguais entre o norte e o sul e a confiança em poucos produtos primários para exportar entre economias desfavorecidas”. Do original: “*Rather than trace uneven development to internal problems within poor economies, dependency theorists emphasized the structural limitations of the global economy posed by huge multinational corporations, unequal exchanges between the north and the south, and the reliance on a few primary products for export among poor economies*”.

de dependência econômica com os países ricos do Norte e alcançarão o desenvolvimento econômico apenas por meio da alta regulação do comércio e do investimento estrangeiro dentro do sistema capitalista ou, como sugerido por marxistas, pelo abandono desse sistema”.⁷²

Após a edição das aludidas resoluções, a Assembleia-Geral da ONU adotou a Resolução n. 3.281 (XXIX), que criou a “Carta dos Direitos Econômicos e dos Deveres dos Estados”. Trata-se de um amplo e marcante documento, cujo objetivo principal era regulamentar a atividade econômica transnacional à luz de princípios ligados à promoção da igualdade material entre os países no plano internacional; dentre eles destacam-se os princípios da não-intervenção, da cooperação, da promoção da justiça social internacional, da resolução pacífica de conflitos e da boa-fé.

O artigo 2 da Carta é claro ao estatuir que “nenhum Estado será compelido a garantir tratamento preferencial ao investimento estrangeiro”. O dispositivo sugere ainda que, na ausência de acordo específico em sentido contrário, as controvérsias decorrentes de nacionalizações devem ser resolvidas nos meios domésticos do Estado receptor.⁷³ Essa referência não representa o recrudescimento da

⁷² MUCHLINSKI, Peter. **Multinational enterprises and the law**. 2. ed. Oxford University Press, 2007, p. 95: Do original: “*The neo-classical approach to economic nationalism may be contrasted with the pronationalistic sentiments of ‘dependency theory’.* [...] *it is an expression bringing together writers of differing political and economic backgrounds who agree on the basic thesis that the underdeveloped nations of the ‘Third World’ are in a relation of economic dependency towards the rich nations of the North, and can only achieve true economic development by means of the greater regulation of foreign trade and investment within the capitalist system, or, as recommended by Marxists, through withdrawal from that system*”.

⁷³ Artigo 2 da Resolução n. 3.281 (XXIX) da Assembleia-Geral das Nações Unidas: “Cada Estado tem o direito: [...] c) de nacionalizar, expropriar ou transferir o domínio de uma propriedade estrangeira, caso em que indenização adequada deverá ser paga pelo Estado que adota tais medidas, levando em consideração suas leis e regulamentos aplicáveis e todas as circunstâncias que o Estado reputar pertinentes. Em qualquer caso em que a questão da compensação gerar uma controvérsia, esta será dirimida à luz do direito interno do Estado nacionalizante e pelos seus tribunais, a menos que tenha sido livremente acordado entre todos os Estados envolvidos que outros meios pacíficos poderão ser procurados, com fundamento na igualdade soberana entre os Estados e no princípio da livre escolha de métodos”. Do original: “*Article 2. Each State has*

Doutrina Calvo, vez que a Carta excepciona expressamente a possibilidade de instituição de um mecanismo alternativo (internacional) de solução de controvérsias. De todo modo, o documento, que atribui relevância aos tribunais e à legislação do Estado receptor – no que pode ser considerado uma negação parcial do padrão mínimo de tratamento e do Padrão Hull – foi rejeitado por parte dos países desenvolvidos, circunstância que inviabilizou a concretização de seus objetivos declarados.⁷⁴

Outro importante objeto de consideração da NOEI eram as empresas transnacionais, verdadeiras responsáveis pelo fluxo de capital transfronteiriço e, por isso, diretamente interessadas no regime jurídico do investimento estrangeiro. Fortalecidas pelo desenvolvimento de ferramentas tecnológicas que integraram os mercados, globalizaram a produção e encurtaram as fronteiras do consumo, as companhias transnacionais encontravam-se em uma situação jurídica *sui generis* em

the right: [...] c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means”.

⁷⁴ Andrew Newcombe e Lluís Paradell discutem a menor abrangência das resoluções da NOEI em comparação com aquelas que trouxeram o princípio da soberania permanente in NEWCOMBE; PARADELL. 2010, p. 32: “A exemplo da Declaração da NOEI, a Carta era uma declaração da soberania nacional por parte dos Estados em desenvolvimento. Embora a Carta tenha sido adotada por uma esmagadora maioria, resultado da preponderância numérica de países em desenvolvimento na Assembleia-Geral, a maior parte dos países desenvolvidos votou contra adoção do documento ou se absteve. Em seu influente laudo arbitral no caso *Texaco Overseas Petroleum Co. (TOPCO) and Californian Asiatic Oil Co. v. Libya*”. Do original: “*The Charter, like the NIEO Declaration, was an assertion of national sovereignty by developing states. Although the Charter was adopted by an overwhelming majority as a result of the numerical preponderance of developing states in the General Assembly, most developed states either voted against its adoption or abstained from voting.*”¹⁸⁴ In his influential arbitral award, *Texaco Overseas Petroleum Co. (TOPCO) and Californian Asiatic Oil Co. v. Libya*”.

meados da década de 1960, vez que o direito internacional clássico, voluntarista por definição, revelava-se incapaz de acompanhar a dinâmica da transformação da economia global.

À época, ainda eram desconhecidos os verdadeiros efeitos da atuação de empresas transnacionais para o Estado receptor. As políticas abertas do *laissez-faire* dos anos 1950 deram lugar a uma regulamentação mais restritiva nos anos 1960 e 1970, inspirada ideologicamente na doutrina da regulação do mercado. As empresas transnacionais eram vistas “transportando para o plano internacional tendências monopolísticas e anticoncorrenciais identificadas nas grandes companhias empresariais nacionais”.⁷⁵

Diante da insuficiência da regulamentação interna, os países da NOEI iniciaram tratativas na ONU buscando a normatização multilateral da atuação das empresas transnacionais. Retomando a ideia de Emmerich de Vattel trazida na abertura deste trabalho, no sentido de que os entes soberanos detêm a prerrogativa de impor as condições a serem observadas para o ingresso de capital em suas fronteiras, a premissa básica dos países em desenvolvimento era “fortalecer as estruturas do direito interno dedicadas à regulação da entrada e do estabelecimento de investimentos estrangeiros”⁷⁶, fim para o qual foram utilizados diversos instrumentos, como “a proibição de investimentos estrangeiros em setores estratégicos, a imposição de requisitos de propriedade e administração por nacionais do Estado receptor e até mesmo exigências de saída programada após a transferência de tecnologia”.⁷⁷

A despeito do esforço dos países em desenvolvimento, que chegaram a garantir a instalação, em 1974, da Comissão das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais, o pretendido acordo multilateral a estabelecer um código de conduta vinculante para a atividade empresarial no estrangeiro não vingou. No âmbito das ONU, prevaleceu a delicadeza da matéria, repleta de interesses contrapostos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Note-se que o Conselho Social e Econômico das Nações Unidas aprovou em 2003 as Normas sobre a Responsabilidade das Empresas Transnacionais e Outras Empresas

⁷⁵ MUCHLINSKI, 2007, p. 92. Do original: “[...] carrying the monopolistic and anti-competitive tendencies identified in large national corporations onto an international stage”.

⁷⁶ FONTOURA COSTA, 2010, p. 86.

⁷⁷ Idem.

Comerciais a Respeito dos Direitos Humanos⁷⁸, as quais, todavia, não guardam relação direta com o objetivo dos países em desenvolvimento quando da introdução do assunto à agenda das Nações Unidas.⁷⁹

Após as sucessivas crises que comprometeram a economia internacional nos anos 1970, o discurso liberal, capitaneado pelas lideranças dos Estados Unidos (Ronald Reagan) e do Reino Unido (Margaret Thatcher), fortaleceu-se no plano internacional. A ideologia liberalizante, pautada no fundamentalismo de mercado, fez prevalecer a ideia de que o desenvolvimento dos países do Terceiro Mundo estava condicionado à atração de investimentos estrangeiros. A preocupação manifestada pelos Estados exportadores de capital quanto à garantia da segurança dos negócios conduzidos nos países em desenvolvimento popularizou a negociação de tratados bilaterais de investimentos e os tornou a fonte primária da regulamentação jurídica da atividade econômica transfronteiriça.

2.4 Os caminhos e descaminhos da consolidação dos tratados bilaterais de investimentos como principal fonte do direito internacional dos investimentos estrangeiros

Embora as discussões sobre a ordem econômica global tenham dominado a agenda da Assembleia-Geral das Nações Unidas durante décadas, países desenvolvidos e em desenvolvimento não lograram convergir para a formação de um padrão multilateral de tratamento de ativos estrangeiros. Prevaleceu a radical oposição de interesses entre ambos, separados por uma abissal assimetria da balança de poder global. Na ausência de um acordo compreensivo sobre o tema, as economias exportadoras de capital passaram, em especial a partir da década de

⁷⁸ UN Doc. E/CN. 4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003.

⁷⁹ Sobre o tema, v. FONTOURA COSTA, 2010, p. 88: “Ao invés de se concentrarem na preocupação dos Estados com o excesso de influência, [as Normas] enfocam a questão pelo ângulo do estabelecimento de padrões de comportamento compatíveis com o pleno exercício dos direitos fundamentais, os quais, como se deixa claro no preâmbulo, são consistentes com a Carta das Nações Unidas e com vários de seus instrumentos. [...] basta observar esse breve resumo das NTDH (as Normas) para notar que o enfoque é totalmente diverso daquele do PCEM (*Projeto de Código de Conduta das Empresas Multinacionais*)”.

1960, a conceber tratados bilaterais para regular juridicamente as atividades econômicas conduzidas por nacionais seus no estrangeiro.

Acrescente-se que, à época, o direito costumeiro internacional sobre a responsabilidade dos Estados no tratamento de investimentos estrangeiros não se havia estabilizado. Muito embora as sucessivas resoluções da Assembleia-Geral das Nações Unidas sobre o tema tivessem lançado luzes sobre a perspectiva dos países em desenvolvimento, o que provocou certo impacto sob o ponto de vista jurídico⁸⁰, a oposição dos países desenvolvidos impedia a caracterização de *opinio juris* em relação a dispositivos ligados ao tratamento de ativos estrangeiros, o que inviabilizava a formação de normas vinculantes a partir deles. A propósito, no julgamento final do histórico caso *Barcelona Traction*, a Corte Internacional de Justiça fez menção ao estado incipiente do direito dos investimentos à época (1970), mesmo diante da expansão das atividades de empresas transnacionais por todo o mundo:

Considerando a importante evolução do último meio século, o crescimento dos investimentos estrangeiros e a expansão das atividades internacionais de corporações, em particular das *holdings*, que geralmente são multinacionais, e considerando a forma por meio da qual os interesses econômicos dos Estados proliferaram-se, pode parecer à primeira vista surpreendente que o desenvolvimento do direito não tenha ido adiante e que não se tenham cristalizado no plano internacional quaisquer regras de aceitação geral sobre o tema. Entretanto, uma análise mais detida

⁸⁰ MONTT, 2012, p. 61: “Não é exagero concluir que, em meados da década de 1970, países em desenvolvimento haviam vencido aspectos cruciais da batalha quanto à definição de normas materiais a propósito da compensação por expropriações. Ao defender ferrenhamente os padrões da NOEI, eles foram bem sucedidos em introduzir celeuma bastante na discussão, fazendo com que padrões de responsabilidade antigamente aceitos parecessem normas não-estabelecidas”. Do original: “[I]t is not an exaggeration to affirm that, by the mid-1970s, developing countries had won crucial aspects of the battle over the definition of substantive law regarding compensation in expropriations. By strenuously advocating the standards embodied in NIEO, they succeeded at introducing enough confusion into the discussion that formerly accepted standards of state responsibility began to resemble unsound law”.

dos fatos revela que o direito sobre a matéria formou-se em um período marcado por um intenso conflito de sistemas e interesses.⁸¹

Mais do que simples desconfiança quanto às ordens jurídicas de países recém-independentes, os tratados bilaterais de investimentos inspiravam-se em um sentimento de reação à Nova Ordem Econômica Internacional e, apesar de estabelecer obrigações de proteção recíproca, funcionavam como instrumentos de afirmação da diferença de poder entre a metrópole e a colônia. A emergência desses acordos foi parte do contexto do declínio do instituto da proteção diplomática – que, ao operacionalizar a defesa de investidores estrangeiros, despertava a desconfiança da comunidade internacional por representar uma ilegítima intervenção em países recém-independentes⁸² – e da necessidade identificada pelos países exportadores de capital de evitar-se a ameaça do nacionalismo econômico, traduzida em amplos programas de expropriações e nacionalizações.

O principal traço que diferencia os tratados de investimentos de outros acordos bilaterais é a previsão da arbitragem investidor-Estado, por meio da qual investidores estão autorizados a buscar reparação por pretensas expropriações independentemente do endosso da causa pelo seu Estado de origem (proteção diplomática) e do esgotamento dos meios disponíveis no direito doméstico do Estado receptor. A concepção da arbitragem investidor-Estado, que destoava da tônica voluntarista do direito internacional clássico, foi parte dos esforços dos países industrializados no sentido de criar-se um ambiente favorável ao

⁸¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment. I.C.J. Reports 1970, p. 3. Parágrafo 89 da decisão. Do original: “*Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments and the expansion of the international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of States have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane. Nevertheless, a more thorough examination of the facts shows that the law on the subject has been formed in a period characterized by an intense conflict of systems and interests*”.

⁸² FONTOURA COSTA, José Augusto. **Comparing WTO panelists and ICSID arbitrators: the creation of international legal fields**. Oñati Socio-Legal Series, Vol. 1, No. 4, 2011, p. 5.

investimento estrangeiro. Para tanto, o estabelecimento de mecanismos internacionais de proteção jurídica para investidores era imprescindível, pois a garantia de imediata reparação na hipótese de eventuais atos expropriatórios mitigaria os riscos oferecidos pela ideologia nacionalista à atividade econômica internacional.

Esse movimento culminou também na celebração, em 1965, da Convenção de Washington, que deu origem ao *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). Organização internacional de direito internacional público e principal referência mundial em arbitragem de investimentos, o ICSID não é um órgão jurisdicional institucionalizado; trata-se, ao invés, de um conjunto de “mecanismos para conciliação e arbitragem de controvérsias relativas a investimentos entre Estados contratantes e nacionais de outros Estados contratantes”.⁸³ As implicações da anatomia do ICSID no desenvolvimento do direito internacional dos investimentos, principalmente no que diz respeito às consequências da forma de nomeação de árbitros, serão estudadas no próximo capítulo.

A ascensão da arbitragem investidor-Estado a partir da década de 1980⁸⁴ foi consequência do aumento do fluxo de capital entre fronteiras, incentivado pela consolidação do liberalismo como paradigma dominante nos planos político e econômico. Fruto desse movimento, a globalização integrou mercados, dinamizou a produção e removeu obstáculos que prejudicavam o intercâmbio comercial entre as nações. Em contrapartida, os países em desenvolvimento, segundo Dani Rodrik, foram forçados a abrir seus mercados ao comércio e ao investimento estrangeiro⁸⁵, sob pena de ficar para trás na corrida pelo progresso econômico.

⁸³ RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos – solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais**. Curitiba: Editora Juruá, p. 38.

⁸⁴ Ao analisar diversos acordos celebrados entre 1959 e 1989, Santiago Montt concluiu que, nas primeiras três décadas, a arbitragem Estado-Estado era o mecanismo de solução de controvérsias mais comum entre os TBIs; a arbitragem investidor-Estado, embora presente em inúmeros acordos desde 1969, passou a prevalecer apenas em 1987. V. MONTT, 2012, pp. 64-5.

⁸⁵ RODRIK, Dani. **The globalization paradox – democracy and the future of world economy**. W. W. Norton & Company, 2012, p. XVII. Do original: “[...] in the 1980s and 1990s by a more ambitious agenda of economic liberalization and deep integration – an effort to establish what we may call

Sob a premissa de que o mercado contornaria por si só as distorções da economia mundial, os países levaram às últimas consequências a busca pela liberalização dos investimentos. A retórica pró-investimento, que partia da premissa de que o desenvolvimento dos países do Terceiro Mundo dependia necessariamente de grande aporte de capital estrangeiro, foi simbolizada à perfeição pelo Consenso de Monterrey, alcançado em encontro de chefes de Estado sob os auspícios da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). Embora datado de 2002, o documento sintetiza a ideia sobre a qual se estruturou o direito internacional dos investimentos ao longo do século XX:

O fluxo internacional de capital privado, em particular investimento estrangeiro direto, bem como a estabilidade econômica internacional, são complementos vitais para os esforços de desenvolvimento nacionais e internacionais. Investimento estrangeiro direto contribui para financiar crescimento econômico sustentado em longo prazo. Ele é particularmente importante diante de seu potencial de transferência de conhecimento e tecnologia, criando empregos, incentivando a produtividade geral, aumentando a concorrência e o empreendedorismo e, por fim, erradicando a pobreza a partir de crescimento e desenvolvimento econômico. Um desafio central, portanto, é criar, nos planos doméstico e internacional, as condições necessárias para facilitar o fluxo de investimentos diretos, úteis para que sejam alcançadas as prioridades do desenvolvimento nacional, para países em desenvolvimento, em particular na África, países menos desenvolvidos, pequenas ilhas em desenvolvimento países em desenvolvimento

hyperglobalization. Trade agreements now extended beyond their traditional focus on import restrictions and impinged on domestic policies; controls on international capital markets were removed; and developing nations came under severe pressure to open their markets to foreign trade and investment. In effect, economic globalization became an end in itself”.

situados em enclaves e países de economias em transição.⁸⁶

Nos estertores do século XX, o movimento de contestação à globalização e ao liberalismo econômico fortaleceu-se. O avançado nível de interação entre os mercados em todo o mundo despertou questionamentos ligados à governança econômica e política global. A concepção clássica de poder e de democracia atribuía às fronteiras nacionais, redimensionadas pela globalização, significado muito diferente. Porém, afirma Jeffry A. Frieden, mesmo os defensores da globalização passaram a identificar um pernicioso distanciamento entre os mercados internacionais e a política nacional.⁸⁷ Inescapavelmente, os problemas econômicos internacionais exigiam soluções globais. A divergência, todavia, gravitava em torno da forma de implementá-las: “os partidários da globalização desejavam que a política internacional facilitasse a operação da economia internacional, ao passo que os ‘antiglobalização’ preferiam que a política internacional reagisse, restringisse ou diminuísse os efeitos da economia internacional”.⁸⁸ Essa divergência repercutiu no direito internacional dos investimentos.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the International Conference on Financing for Development.** Monterrey, Mexico, 2002. Disponível em <http://www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf>. Acesso em 5.mai.2014. Do original: “*Private international capital flows, particularly foreign direct investment, along with international financial stability, are vital complements to national and international development efforts. Foreign direct investment contributes toward financing sustained economic growth over the long term. It is especially important for its potential to transfer knowledge and technology, create jobs, boost overall productivity, enhance competitiveness and entrepreneurship, and ultimately eradicate poverty through economic growth and development. A central challenge, therefore, is to create the necessary domestic and international conditions to facilitate direct investment flows, conducive to achieving national development priorities, to developing countries, particularly Africa, least developed countries, small island developing States, and landlocked developing countries, and also to countries with economies in transition*”.

⁸⁷ FRIEDEN, 2006, p. 471.

⁸⁸ Idem. Do original: “*Globalizers wanted international politics to facilitate the operation of the international economy. Antiglobalizers wanted international politics to restrict, counteract, or alleviate the effects of international economy*”.

No início da década de 90, estavam em vigor aproximadamente 300 TBIs.⁸⁹ Estima-se que hoje o número de acordos de investimento seja dez vezes maior.⁹⁰ Esse aumento vertiginoso indica a importância do direito internacional dos investimentos para o desenvolvimento da atividade econômica em todo o planeta. A propósito, mesmo com o fracasso dos esforços em prol da construção de um acordo compreensivo sobre o tema, a profusão de TBIs criou uma verdadeira rede multilateral de proteção de investimentos estrangeiros lastreada em elementos comuns, como expropriação, tratamento justo e equitativo e nação mais favorecida.⁹¹

Os tratados bilaterais de investimentos serviram originariamente para recrudescer padrões jurídicos de tratamento de ativos estrangeiros anteriores à Nova Ordem Econômica Internacional, favoráveis que eram

⁸⁹ SORNARAJAH, M. **A law for a need or a law for greed? Restoring the lost law in the international law on foreign investment.** International Environ Agreements, 2006, p. 330.

⁹⁰ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law.** 2. ed. Oxford University Press, 2012, p. 31.

⁹¹ O fenômeno da multilateralização do direito internacional dos investimentos foi enfrentado por Stephen Schill in SCHILL, Stephen W. **The multilateralization of international investment law.** Cambridge University Press, 2009, pp. 15-16: “À diferença de tratados genuinamente bilaterais, ou seja, tratados bilaterais em forma e substância, TBIs não permanecem isolados ao regular a relação apenas entre os dois Estados-parte; ao contrário, eles desenvolvem múltiplas sobreposições e interconexões estruturais que criam um regime de proteção de investimentos internacionais uniforme e contemplado por tratados. Em sua inteireza, TBIs funcionam analogamente a um verdadeiro sistema multilateral, vez que estabelecem princípios gerais que regulam as relações entre investidores estrangeiros e Estados receptores de modo relativamente uniforme, independentemente de fontes e objetivos de fluxos específicos de capital entre fronteiras”. Do original: “*Unlike genuinely bilateral treaties, that is, treaties that are bilateral in form and substance, BITs do not stand isolated in governing the relation between the two contracting States only; they rather develop multiple overlaps and structural interconnections that, it is argued, create a uniform and treaty-overarching regime for international investments. BITs in their entirety, it is argued, function analogously to a truly multilateral system as they establish rather uniform general principles that order the relations between foreign investors and host States in a relatively uniform manner independently of the sources and targets of specific transborder investment flows*”.

aos países desenvolvidos.⁹² As principais cláusulas desses acordos utilizavam uma linguagem marcadamente vaga, a qual, aliada ao poder dos países desenvolvidos, ensejava interpretações extensivas quanto às garantias concedidas a investidores. Os primeiros acordos não contemplavam a perspectiva dos Estados receptores. As obrigações neles estabelecidas eram formalmente recíprocas, bilaterais; na prática, porém, o respectivo ônus era suportado integralmente pelos países em desenvolvimento. A consolidação dos TBIs como a fonte por excelência do direito dos investimentos⁹³ – e, por consequência, como o instrumento jurídico a disciplinar a maior parte da atividade econômica global – despertou preocupações quanto à supressão da soberania dos Estados receptores, limitados por cláusulas – por vezes draconianas – às quais aderiram por não disporem de forças para negociar em pé de igualdade com os Estados exportadores de capital.

A legitimidade do regime tornou-se o centro do debate a envolver o direito internacional dos investimentos. A combinação entre cláusulas genéricas, assemelhadas a dispositivos constitucionais⁹⁴, e um sistema adjudicativo arbitral que, graças à vagueza das normas convencionais,

⁹² MONTT, 2012, p. 63.

⁹³ LOWENFELD, 2012, p. 388: “A ideia dos anos 60 e 70 que marcou grande parte da atitude em relação ao investimento estrangeiro direto e, portanto, ao direito a regulá-lo, mostrou-se equivocada. Essa concepção, que não era universal e não chegou aos quatro cantos do mundo ao mesmo tempo, levou a uma compreensão alterada sobre o direito aplicável – em parte ao retorno a velhos princípios, em parte à criação de novos instrumentos, como os tratados bilaterais de investimento, as garantias de investimento, vários mecanismos de solução de controvérsias e um novo conjunto de critérios para o tratamento do investimento estrangeiro”. Do original: “[T]he assumption of the 1960s and 1970s that informed much of the world’s attitude towards direct foreign investment, and therefore to the law governing such investment, proved to be erroneous. That realization, not universal and not arrived at everywhere at the same time, in turn led to a changed understanding of the applicable law – in part to a return to older principles, in part to creation of new devices, such as bilateral investment treaties, investment guarantees, various facilities for dispute settlement, and a new set of common criteria for the treatment of foreign investment”.

⁹⁴ O tema, que será enfrentado adiante, foi analisado com rigor pelo canadense David Schneiderman em SCHNEIDERMAN, David. **Constitutionalizing economic globalization: investment rules and democracy’s promise**. Cambridge University Press, 2008.

dispõe de amplo espectro de cognição para analisar a validade de atos soberanos estatais faz do regime internacional de investimentos uma potencial ameaça à democracia e ao Estado de Direito. Nesse contexto, o desafio que se apresenta aos jusinternacionalistas é propiciar, a partir da integração de elementos valorativos e principiológicos às normas internacionais de investimento, um melhor equilíbrio entre o público e o privado. Em suma, a construção histórica de uma lógica pró-investidor expõe o direito dos investimentos a questionamentos existenciais na medida em que valores políticos caros à sociedade moderna são incorporados à agenda internacional. Combinando abordagens teóricas e práticas, os próximos capítulos buscarão enfrentar o impacto de um desses valores – a conjugação entre a desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente – no futuro do regime internacional de proteção de investimentos.

3 A INTERAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS COM OUTROS SUBSISTEMAS DE DIREITO PÚBLICO: EM BUSCA DO RESGATE DE SUA LEGITIMIDADE A PARTIR DA APROXIMAÇÃO COM PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

3.1. Breve análise de características que indicam a potencial sujeição do direito internacional dos investimentos estrangeiros à fragmentariedade

A concepção do direito internacional como um sistema único vem sendo desafiada pela emergência de regimes jurídicos setorizados – dentre os quais o próprio direito dos investimentos. Esse fenômeno, decorrente da expansão do número de instituições internacionais vista principalmente a partir da II Guerra Mundial, despertou a preocupação da comunidade global com a fragmentação do direito internacional.⁹⁵ Trata-se de um fenômeno diretamente ligado à fragmentação da própria comunidade global, que desencadeia a proliferação de ordens jurídicas a regular cada setor da sociedade e contribui para a afirmação de um pluralismo jurídico global.⁹⁶

Objeto de aprofundado estudo realizado pela Comissão de Direito Internacional da ONU sob a liderança do jusinternacionalista finlandês Martti Koskenniemi⁹⁷, a fragmentação do direito internacional revelou a preocupação de que “a ascensão de normas e mecanismos especiais que não dispõem de uma relação definida de autoridade pode levar a conflitos entre sistemas locais e, no mínimo, incongruências na aplicação e no desenvolvimento do direito internacional”.⁹⁸

⁹⁵ SHAW, Malcolm N. **International law**. 6. ed. Cambridge University Press, 2008, p. 65.

⁹⁶ KLÄGER, 2011, p. 90.

⁹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law**. Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II.

⁹⁸ SHAW, 2008, p. 66. Do original: “[...] *the rise of specialised rules and*

A conclusão inicial do relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU é poderosa: ao invés de um emaranhado aleatório de normas, o direito internacional é um *sistema* e, por isso, suas regras e princípios devem ser interpretados à luz de outras normas e princípios.⁹⁹ A escolha dessa premissa como a primeira das diversas conclusões alcançadas pela Comissão de Direito Internacional não é fortuita: a preocupação com a harmonia do *sistema* do direito internacional é premente e deve guiar o intérprete na busca pela melhor solução diante de uma situação jurídica limítrofe.

Embora conflitos entre subsistemas de direito internacional não sejam um fenômeno novo, a recente expansão do direito internacional fez crescer também a preocupação com a ocorrência de antinomias.¹⁰⁰ Essa tendência é sentida também no âmbito da regulação jurídica da atividade econômica. A profusão de BITs e de acordos comerciais criaram possíveis fricções não apenas entre o direito internacional econômico e o direito internacional público, mas também entre outros regimes, como direitos humanos, comércio e investimentos.¹⁰¹ Especificamente no caso do último, Martins Paparinskis afirma que “a complexidade do argumento jurídico mais abrangente entre o geral e o particular no direito internacional indica que o debate quanto à proteção de investidores provavelmente não nos leva a respostas claras e diretas”.¹⁰²

O direito internacional dos investimentos estrangeiros é particularmente sujeito à fragmentariedade por diversas razões. A primeira delas é a marcante abertura semântica das cláusulas de proteção

mechanisms that have no clear authority relationship might lead to conflicts between local systems and, at the least, inconsistency in the interpretation and development of international law”.

⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation...**, 2006. Do original: “*International law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms*”.

¹⁰⁰ KLÄGER, 2006, p. 91.

¹⁰¹ ALVAREZ, Jose. **The public international law regime governing international investment**. The Hague: Academy of International Law, 2011, p. 408.

¹⁰² PAPARINSKIS, Martins. **Investment arbitration and the law of countermeasures**. British Yearbook of International Law, 79 (1), 2009, p. 275.

a investidores. A vagueza característica de expressões centrais, como “expropriação”, “padrão mínimo de tratamento”, “tratamento justo e equitativo” e “proteção integral”, facilita a ocorrência de eventual divergência interpretativa a propósito de seus respectivos conteúdos.

A diversidade das fontes também expõe o direito dos investimentos à fragmentariedade. Embora disponham de um núcleo comum, os tratados de investimentos apresentam particularidades a distingui-los uns dos outros. Essa característica, como lembra Stephen Schill, possibilita que uma única medida regulatória que afete dois investidores de diferentes nacionalidades traga consequências jurídicas radicalmente distintas, a depender do TBI a reger a relação entre o Estado receptor e o Estado do qual é nacional o investidor.¹⁰³

O direito interno do Estado receptor também pode ser considerado fonte do direito dos investimentos. Isso porque a grande maioria dos TBIs define que, para ser válido, um investimento estrangeiro deve adequar-se à legislação do país que o recebe. Segundo Christoph Schreuer, “a consequência dessa definição é que um investimento em desacordo com o direito interno do Estado receptor não está abarcado pelo conceito de ‘investimento’ e não aproveitará a proteção oferecida pelo respectivo TBI”.¹⁰⁴ No recente caso *Metal-Tech v. Uzbekistan*¹⁰⁵, o tribunal ICSID concluiu que a prática de atos de corrupção pela empresa investidora descaracterizou o consenso à arbitragem oferecido pelo Estado receptor por meio do TBI e, por consequência, afastou a jurisdição arbitral para a apreciação da demanda:

372. [...] o Tribunal conclui que corrupção ocorreu em proporção suficiente a violar a lei uzbeque em relação com o estabelecimento do investimento do reclamante no Uzbequistão.

¹⁰³ SCHILL, 2009, p. 285. Do original: “[...] the same State measure that affects two investors with different nationalities might have to be assessed differently under two investment treaties”.

¹⁰⁴ SCHREUER, Christoph. **Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration**. McGill Journal of Dispute Resolution, Vol. 1, n. 1, 2014, p. 4. Do original: “The consequence of such a definition is that an investment that is not in compliance with host State law is not covered by the definition of ‘investment’ and will not benefit from protection under the treaty”.

¹⁰⁵ ICSID, *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*. ICSID Case No. ARB/10/3.

Como consequência, o investimento não foi “implementado de acordo com as leis e regulamentos da Parte Contratante em cujo território o investimento é realizado”, como exigido pelo Artigo 1(1) do TBI. 373. O consenso do Uzbequistão à arbitragem ICSID, como expressado pelo Artigo 8(1) do BIT, limita-se às disputas “atinentes a um investimento”. O Artigo 1(1) do TBI define que investimentos serão apenas aqueles implementados nos termos da lei local. Portanto, a presente disputa não está compreendida pelo Artigo 8(1) e não está coberta pelo consenso oferecido pelo Uzbequistão. Isso significa que essa disputa não obedece à exigência de consenso estabelecida no artigo 25(1) da Convenção de Washington.¹⁰⁶

Ademais, a miríade de procedimentos arbitrais de controvérsias sobre investimentos também é uma potencial ameaça à congruência do direito internacional dos investimentos. A exemplo do que ocorre com a Corte Permanente de Arbitragem, o ICSID não é um tribunal permanente, mas sim uma instituição internacional que “disponibiliza mecanismos para conciliação e arbitragem de controvérsias relativas a investimentos entre Estados contratantes e nacionais de outros Estados contratantes”.¹⁰⁷ O estabelecimento de um órgão institucionalizado com o objetivo de sistematizar a interpretação de conceitos próprios do

¹⁰⁶ Idem, §§ 372 e 373. Do original: “372. [...] *the Tribunal comes to the conclusion that corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan law in connection with the establishment of the Claimant’s investment in Uzbekistan. As a consequence, the investment has not been “implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made” as required by Article 1(1) of the BIT.* 373. *Uzbekistan’s consent to ICSID arbitration, as expressed in Article 8(1) of the BIT, is restricted to disputes “concerning an investment.” Article 1(1) of the BIT defines investments to mean only investments implemented in compliance with local law. Accordingly, the present dispute does not come within the reach of Article 8(1) and is not covered by Uzbekistan’s consent. This means that this dispute does not meet the consent requirement set in Article 25(1) of the ICSID Convention”.*

¹⁰⁷ RAMINA, 2009, p. 39.

regime jurídico internacional de proteção ao capital estrangeiro desde há muito é discutido pela comunidade jurídica internacional.¹⁰⁸

O direito internacional não adota a doutrina dos precedentes (*stare decisis*), como se extrai da leitura dos artigos 38 (1) (d) e 59 do próprio Estatuto da Corte Internacional de Justiça.¹⁰⁹ Característica emblemática dos sistemas de *common law*, a doutrina do *stare decisis* pressupõe basicamente que os tribunais devem seguir as orientações dos precedentes em casos iguais. Atribuir força vinculante aos precedentes significa garantir aos juízes, por via transversa, a prerrogativa de verdadeiramente criar o direito. Segundo a concepção clássica, voluntarista, do direito internacional, os Estados são os únicos sujeitos criadores de normas vinculantes no plano internacional, o que, ao menos no plano teórico, justificou historicamente a relutância quanto à adoção da doutrina dos precedentes.¹¹⁰ O artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça – “*A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão*” – é emblemático ao refutá-la.

Na mesma direção, o direito internacional dos investimentos também é refratário à doutrina do *stare decisis*. O artigo 53 (1) da Convenção de Washington é emblemático ao estatuir que “*a sentença*

¹⁰⁸ Trata-se de uma discussão pertinente, mas que, graças à sua complexidade, extrapolaria os limites deste trabalho. Sobre o tema, v. VAN HARTEN, Gus. **A case for an international investment court**. Society of International Economic Law. Working Paper n. 22/2008; TAMS, Christian. **Is there a need for an ICSID Appellate Structure?** In HOFFMANN, Rainer; TAMS, Christian (org). **The International Convention for the Settlement of Investment Disputes: taking stock after 40 years**. Nomos, Baden-Baden, 2007; STREGER, Debra P. **Enhancing the legitimacy of international investment law by establishing an appellate mechanism**. In MESTRAL, Armand de; LÉVESQUE, Céline (org). **Improving international investment agreements**, Routledge London, 2012.

¹⁰⁹ Artigo 38 (1) (d) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: [...] d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”; art. 59: “A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”.

¹¹⁰ SCHILL, 2009, p. 284.

*será obrigatória para as partes [...]”, dispositivo que replica o supramencionado artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Anne van Aaken sustenta que “como a composição dos tribunais varia caso a caso e a doutrina do *stare decisis* não é aplicável [ao direito dos investimentos], interpretações de dispositivos similares ou até mesmo iguais podem variar e são altamente discutidas”.¹¹¹ Mesmo diante de conceitos-chave tão vagos, o que, em tese, favoreceria o fortalecimento da doutrina dos precedentes, “o arranjo institucional do direito internacional dos investimentos não foi concebido de modo a promover coerência interna (quanto a normas de um mesmo TBI) nem cruzada (entre diferentes TBIs)”.¹¹²*

Entretanto, a despeito do que os fatores acima analisados possam *a priori* fazer parecer, o direito internacional dos investimentos não está fadado à completa fragmentação. Stephen Schill identificou que os TBIs são similares, muitas vezes idênticos, em estrutura, conteúdo e propósito, circunstância que revela a existência de verdadeira rede multilateral de proteção a investimentos estrangeiros, muito embora o regime fundamente-se precipuamente sobre normas negociadas apenas bilateralmente.¹¹³

¹¹¹ AAKEN, Anne von. **Fragmentation of international Law: the case of investment protection.** University of Saint Gallen Law School. Law and Economics Research Papers Series. Working Papers n. 2008-1, p. 8. Do original: “*as the composition of the tribunals varies from case to case and as stare decisis does not apply, interpretations of similar and even equal clauses by tribunals may vary and are highly disputed*”.

¹¹² SCHILL, 2009, p. 293. Do original: “*The institutions of international investment law, therefore, are not designed so as to promote intra-BIT or cross-BIT coherence*”.

¹¹³ Idem, p. 364: “Os tratados não contêm barganhas distributivas assemelhadas a contratos que consistem na troca de desempenhos específicos, mas buscam reduzir o risco político para investidores estrangeiros e convergir principalmente no que diz respeito aos princípios da proteção de investimentos que eles contemplam, incluindo cláusulas de não-discriminação, tratamento justo e equitativo e proteção integral, proteção contra expropriação direta e indireta e solução de controvérsias entre investidor e Estado. Isso é verdadeiro não apenas para tratados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, mas também para o crescente número de TBIs Sul-Sul e as relações de tratados de investimentos entre países desenvolvidos, como pelo NAFTA ou pela Carta de Energia”. Do original: “*The treaties do not contain contract-like distributive bargains that consist of the exchange of specific performances, but intend to*

A rejeição da doutrina do *stare decisis* também não representa um elemento de corrosão da integridade do sistema internacional de proteção a investimentos. Isso porque as decisões arbitrais, embora não vinculantes, servem de importante referência para os novos casos. Ainda de acordo com Stephen Schill, a arbitragem de investimentos opera como parte de um sistema autopoietico e autorreferente, que abrange a miríade de TBIs e os unifica em torno de princípios comuns que regem a atividade econômica, contribuindo para a formação da disciplina jurídica do funcionamento da economia global.¹¹⁴

A propósito, a jurisprudência arbitral admite a importância da padronização da interpretação das normas de investimento. No caso *Saipem v. Bangladesh*, o tribunal reconheceu que a comunidade internacional tem o dever – mais *moral* do que *legal* – de buscar a harmonização das regras do sistema a fim de fazer prevalecer o Estado de Direito:

O Tribunal considera que não está vinculado por decisões anteriores; em contrapartida, é da opinião de que deve render apropriada consideração a decisões anteriores de tribunais internacionais. O Tribunal acredita que, sujeito a convincentes razões em sentido contrário, tem o dever de adotar soluções estabelecidas em uma série de casos compatíveis. O Tribunal acredita também que, diante das especificidades de um determinado tratado e das circunstâncias do caso em exame, tem o dever de procurar contribuir para a construção harmoniosa do direito internacional e, assim, atender às expectativas legítimas da comunidade de Estados e investidores no sentido da consolidação do Estado de Direito.¹¹⁵

reduce the political risk for foreign investors and converge above all with respect to the principles of investment protection they contain, including provisions on non-discrimination, fair and equitable treatment and full protection and security, the protection against direct and indirect expropriation, and investor-State dispute settlement. This holds true not only for investment treaties between developed and developing countries, but also for the increasing number of South-South BITs and the investment treaty relations among developed countries, such as under NAFTA or the ECT”.

¹¹⁴ Ibidem, p. 281.

¹¹⁵ *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*. Decision on

Uma análise mais acurada a propósito da fragmentariedade do direito internacional dos investimentos inexoravelmente extrapolaria os circunscritos limites deste trabalho. De todo modo, as preocupações quanto à coerência do sistema, bem como os argumentos a dirimi-las, não devem ser negligenciadas. No caso do direito dos investimentos, a busca por coerência não é um fim em si mesmo; ao invés, trata-se de buscar incorporar à disciplina todas as normas jurídicas que lhe sejam pertinentes, de modo a evitar um deletério isolacionismo.

Os investimentos são o principal motor da economia mundial.¹¹⁶ A decisão de investir envolve múltiplos aspectos ligados à dinâmica da economia que receberá o investimento. Seguindo a máxima “quanto maior o risco, maior o lucro”, investidores estrangeiros buscam principalmente as atividades econômicas em áreas sensíveis e estratégicas, que demandam maior regulação por parte do Estado. Nesse contexto, a disciplina jurídica dos investimentos internacionais perpassa diversos ramos do direito – ambiental, trabalhista, tributário, humanitário, dentre outros.

jurisdiction and recommendation on provisional measures. ICSID Case No. ARB/05/07, parágrafo n. 67. Do original: “*The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law*”.

¹¹⁶ A observação de José Alvarez (ALVAREZ, 2011, p. 16) a respeito das diferenças quantitativas entre comércio internacional e investimentos estrangeiros é pertinente: “Embora o regime da Organização Mundial do Comércio (OMC) a regular a venda de produtos tenha recebido a maioria da atenção da academia, o volume de comércio associado com investimentos estrangeiros diretos hoje excede largamente a quantidade de dólares envolvida com a comercialização de produtos não ligada a investimentos estrangeiros diretos”. Do original: “*Although the World Trade Organization (“WTO”) regime governing the sale of goods has received the bulk of scholarly attention, the amount of trade in goods associated with FDI flows now vastly exceeds the amount of dollars involved in the transnational sale of goods not connected to FDI as such*”.

Mais do que um mero desafio interpretativo para os juristas, a integração desses subsistemas do direito com vistas à obtenção de uma disciplina jurídica coerente para a atividade econômica internacional é uma premente necessidade. Nesse sentido, os tratados, principal fonte do direito dos investimentos, dispõem de um mecanismo próprio de interpretação, previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Mais especificamente, o art. 31 (3) (c) impõe a utilização de “quaisquer regras pertinentes de direito internacional aplicáveis às relações entre as partes” no processo interpretativo. O dispositivo promove, para usar a expressão contida no relatório da Comissão de Direito Internacional, a “integração sistêmica” do direito internacional a partir da aproximação de normas que, embora pertencentes a subsistemas distintos, possam servir de ferramentas no processo de interpretação de tratados internacionais.

José E. Alvarez pondera que, ao reportar-se ao art. 31 (3) (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o relatório da Comissão de Direito Internacional recomenda a utilização de normas gerais de direito internacional no processo de integração de normas de regimes setorializados, especialmente aquelas marcadamente abertas ou de significado nebuloso.¹¹⁷ Diante da marcante abertura semântica dos principais conceitos do direito internacional dos investimentos estrangeiros, a aplicação do art. 31 (3) (c) – ou seja, a utilização de normas (regras, princípios gerais ou costumes) pertinentes de direito internacional – mostra-se particularmente relevante na definição do conteúdo de *standards* de proteção de investidores.¹¹⁸

Na esteira das conclusões da Comissão de Direito Internacional da ONU, a integração das normas internacionais de proteção do capital estrangeiro com outros sistemas de direito internacional é fundamental

¹¹⁷ Ibidem, p. 243.

¹¹⁸ No mesmo sentido, v. KLÄGER, 2011, p. 93: “Relações sistêmicas entre diferentes normas ou complexo de normas devem ser estabelecidas por meio do processo de construção legal de normas e argumentação jurídica. É exatamente nesses processos que normas de conceito aberto como o tratamento justo e equitativo têm um importante papel a desempenhar”. Do original: “*Systemic relationships between different legal norms or norm-complexes may be established via the processes of legal construction of norms and legal reasoning. It is exactly within these processes where open-textured norms such as fair and equitable treatment have an important role to play*”.

para a própria sobrevivência da disciplina. Sobre o tema, Stephen Schill afirma:

Embora Martti Koskenniemi, no estudo de 2006 sobre a fragmentação, ainda tenha descrito o direito dos investimentos como uma área de “conhecimentos exóticos e altamente especializados” e o contrastado com sistemas apenas “especializados” como “direito do comércio internacional”, “direitos humanos”, “direito dos mares” [e] “direito comunitário europeu”, o ramo agora desperta a atenção e o interesse de jusinternacionalistas em geral. As diferentes perspectivas que vêm de fora do direito dos investimentos, entretanto, provocam desconfortos e um senso de fragmentariedade por parte dos que lidam com a matéria. Em consequência, a compreensão tanto do funcionamento do direito dos investimentos quanto dos debates que lhe são próprios, bem como a captação de percepções externas, construtivo e são fundamentais para um discurso aberto que transcenda os limites das respectivas disciplinas.¹¹⁹

Sintonizar o direito dos investimentos com outras normas de direito público que lhe sejam pertinentes, repita-se, não é simplesmente uma forma de evitar a fragmentariedade de seus conceito-chave. Esse processo é de fundamental importância para o resgate da legitimidade do

¹¹⁹ SCHILL, Stephen. **W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law**. *European Journal of International Law* 22, 2011, p. 877. Do original: “Whereas Martti Koskenniemi, in the 2006 *Fragmentation Report*, still described international investment law as an area of ‘exotic and highly specialized knowledges’, and contrasted it with simply ‘specialist systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, [and] “European law”’, it now grasps interest and attention from international lawyers more generally. The different perspectives from the outside of international investment law, however, also cause irritations and a sense of fragmentation within the investment law community. In consequence, both an understanding of the functioning of, and debates within, international investment law and an understanding of its outside perceptions are key for a constructive and open discourse that can transcend the boundaries of the respective disciplines.”

regime internacional de proteção aos investimentos, abalado por reiterados questionamentos sobre a orientação supostamente enviesada de suas normas e, em particular, por sua alegada incapacidade de conciliar os interesses de investidores e Estados receptores, sobretudo aqueles em vias de desenvolvimento. O último desses dilemas, que no direito dos investimentos pode ser traduzido basicamente como o conflito entre regulação e limitação ao direito de propriedade, hoje domina a agenda da matéria. Os tópicos a seguir enfrentam a importância do ajuste fino entre público e privado no âmbito do direito dos investimentos.

3.2 Elementos da crise de legitimidade do regime jurídico internacional de proteção a investimentos estrangeiros: o complexo equilíbrio entre público e privado

Ao repercutir diretamente nas políticas econômicas domésticas e na autonomia regulatória do Estado receptor, o regime internacional de proteção a investimentos estrangeiros encontra-se permanentemente sujeito a ponderações ligadas à sua legitimidade. À primeira vista, o direito dos investimentos, construído historicamente como garantia assegurada a investidores para incentivar o fluxo de capital entre fronteiras, pode representar ameaça potencial à soberania dos Estados, à integridade dos sistemas internos de direito público e, em última análise, à autodeterminação nacional.¹²⁰

São diversas as críticas à estrutura e ao alcance do direito internacional dos investimentos. A principal e mais significativa delas, mencionada brevemente acima, diz respeito às restrições impostas pelo regime internacional de proteção ao capital estrangeiro à autonomia de governos, sobretudo de países em vias de desenvolvimento, na elaboração de suas políticas públicas. Gus Van Harten sinaliza que o direito dos investimentos é “um regime que utiliza regras e estruturas de direito internacional e de arbitragem privada para promover escolhas de governo a propósito da relação entre indivíduos e o Estado”.¹²¹ O autor

¹²⁰ SCHILL, Stephen. **Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach**. Virginia Journal of International Law 52, 2011, p. 67.

¹²¹ VAN HARTEN, Gus. **Investment Treaty Arbitration and Public Law**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 10. Do original: “[...] a treaty-

canadense defende que a principal peculiaridade do direito internacional dos investimentos é a utilização de mecanismos arbitrais para a solução de questões de direito público.¹²² A arbitragem de investimentos, segundo Van Harten, “é provavelmente o mais perto a que se chegou de um órgão adjudicativo internacional com jurisdição compulsória sobre demandas de indivíduos contra Estados na esfera regulatória”.¹²³

A criação do ICSID pela Convenção de Washington, analisada no capítulo anterior, estabeleceu um mecanismo arbitral internacional com o propósito de evitar as pressões exercidas por Estados sobre as cortes nacionais.¹²⁴ À diferença do que ocorre em outros regimes de

based regime that uses rules and structures of international law and private arbitration to make governmental choices regarding the regulatory relationship between individuals and the state”.

¹²² Ibidem, p. 4: “O que é ímpar sobre a arbitragem de investimentos é a forma com que ela aborda questões de direito público em comparação com outras formas de adjudicação internacional. O sistema é internacional e está sujeito ao direito internacional público porque é estabelecido por tratados entre Estados. À diferença do direito público interno, portanto, o sistema é formado por acordos entre entidades públicas que não interagem umas com as outras em um sistema hierárquico de autoridade soberana e que não estão sujeitas a uma clássica separação de poderes”. Do original: “*What is unique about investment treaty arbitration is the way in which it engages issues of public law, relative to other forms of international adjudication. The system is international and subject to public international law because it is established by treaties between states. Unlike domestic public law, therefore, it is established by agreements between public entities that do not interact with each other within a hierarchical system of sovereign authority and that are not subject to a classical separation of powers*”.

¹²³ VAN HARTEN, Gus. **Investment arbitration, procedural fairness, and the rule of law.** In SCHILL, Stephen (ed.). **International investment law and comparative public law.** Oxford University Press, 2010, p. 632: Do original: “[Investment arbitration] *is probably the closest the world has come to an international adjudicative body with compulsory jurisdiction over claims by individuals against states in the regulatory sphere*”.

¹²⁴ Essa retórica é facilmente identificada em decisões do próprio ICSID, como no caso *Gas Natural vs. Argentina*, (*Gas Natural SDG, S.A. vs. The Argentine Republic*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/10) parágrafo 29: “A criação do ICSID e a adoção de tratados bilaterais de investimentos ofereceram a investidores garantias que eventuais disputas decorrentes dos investimentos não estariam sujeitas aos

direito internacional que admitem a ação direta de indivíduos contra Estados, investidores não estão obrigados a exaurir os meios internos do Estado receptor para que possam acioná-lo no plano internacional por pretensos prejuízos a suas atividades. Dessa maneira, os tratados que compõem o sistema internacional de proteção a investimentos acabam por esvaziar a jurisdição de tribunais locais.¹²⁵ Essa “supressão de jurisdição” retira a autoridade das cortes nacionais do Estado receptor – que, ao menos em tese, desfrutam de legitimidade democrática – sobre temas sensíveis ao interesse público e a distribui para árbitros inteiramente desvinculados daquele. A respeito da discussão acerca das prerrogativas democráticas de cortes encarregadas de rever atos estatais, Jenny Martinez observa com perspicácia:

Se a dita dificuldade contramajoritária é um dilema central na definição do papel dos juízes nos Estados Unidos, a perspectiva de um sistema judicial internacional apresenta essa dificuldade multiplicada por dez: todas as características contramajoritárias de uma corte, combinadas com todo o déficit democrático de uma instituição internacional.¹²⁶

evidentes perigos de atrasos e pressões políticas do julgamento em cortes domésticas. Da mesma forma, a possibilidade de arbitragem internacional foi pensada de modo a livrar países receptores de pressões do país de origem dos investidores”. Do original: “*The creation of ICSID and the adoption of bilateral investment treaties offered to investors assurances that disputes that might flow from their investments would not be subject to the perceived hazards of delays and political pressures of adjudication in national courts. Correspondingly, the prospect of international arbitration was designed to offer to host states freedom from political pressures by governments of the state of which the investor is a national*”.

¹²⁵ Na mesma direção, v. MONTT, 2012, p. 125: “Embora esses tratados de investimentos não substituam o direito e as instituições domésticas, eles efetivamente substituem tribunais domésticos pela arbitragem internacional, removendo de fato um componente significativo da jurisdição das cortes locais”. “*Although these investment treaties do not replace domestic law and institutions, they do replace domestic tribunals for international arbitration, removing de facto a substantial component of municipal courts’ jurisdiction*”.

¹²⁶ MARTINEZ, Jenny. **Towards an international judicial system**, 56 Stanford Law Review, 2003, p. 461. Do original: “*If the so-called counter-majoritarian difficulty is a central dilemma in defining the judicial role in the*

Na pertinente colocação de Van Harten, “o sistema delega aos árbitros o poder de definir quais atividades são soberanas e quais não o são, de decidir se atores soberanos agiram imprópriamente ou ilicitamente e de ordenar o pagamento de dinheiro público ou a cessão de títulos públicos para entidades privadas”.¹²⁷ Na mesma direção, Stephen Schill aponta que “tribunais de investimentos exercem a dupla função de uma corte doméstica reanalizando a conduta do Estado e de um tribunal internacional determinando a legalidade da conduta do Estado à luz do TBI aplicável”.¹²⁸ A propósito, Schill acrescenta:

[...] ao invés de preocupar-se apenas com garantir a regulamentação privada entre investidores estrangeiros e Estados receptores, o direito internacional dos investimentos dispõe de uma função mais ampla: fornecer um panorama jurídico para uma ordem econômica internacional pública dentro da qual relações de investimento realizam-se ao estabelecerem-se princípios de proteção a investimentos à luz do direito internacional que reforçam *standards* do Estado de Direito no tratamento de investidores estrangeiros. A arbitragem de investimentos, de outro lado, é vista como um mecanismo não apenas para solucionar controvérsias individuais entre investidor e Estado, mas também para implementar, ao rever a legalidade da conduta de Estados, esses princípios do direito internacional dos investimentos. Portanto, a arbitragem de

United States, the prospect of an international judicial system presents this difficulty multiplied by 10: all the counter-majoritarian features of a court, combined with all the democratic deficit of an international institution”.

¹²⁷ VAN HARTEN, 2007, p. 7. Do original: “*The system delegates to arbitrators the power to define what activities are sovereign and what are not, to decide whether sovereign actors have acted improperly and unlawfully, and to direct the payment of public money or the seizure of public assets on behalf of private actors*”.

¹²⁸ SCHILL, Stephen. **Deference in investment treaty arbitration: re-conceptualizing the standard of review.** In: *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, p. 16, 2012. Do original: “*Investment treaty tribunals, in turn, play the dual role of a domestic court reviewing state conduct and of an international tribunal determining the legality of the state’s conduct under the applicable investment treaty*”.

investimentos é considerada mais próxima da revisão judicial constitucional ou administrativa do que da arbitragem comercial.¹²⁹

A submissão de questões de direito público à arbitragem, por si só, não é a responsável pela crise de legitimidade do sistema internacional de proteção a investimentos. Vale notar, por exemplo, que a própria legislação brasileira permite a solução de controvérsias de direito público pela via arbitral.¹³⁰ Os questionamentos surgem porque o “sistema aparenta não dispor de um elemento central para o devido processo, notadamente os requisitos de independência (e imparcialidade) no julgamento final de questões de direito público”.¹³¹

Santiago Montt sugere que os principais desafios ligados à legitimidade do sistema internacional de proteção a investimentos é a falta de “linhagem democrática” (*democratic pedigree*) que caracteriza tanto os tribunais arbitrais quanto o direito por eles criado nas

¹²⁹ SCHILL, **Enhancing the legitimacy...**, 2011, p. 2. Do original: “[...] rather than only being concerned with backing up private ordering between foreign investors and host states, international investment law has a broader function in providing a legal framework for a public international economic order within which investment relations take place by establishing principles of investment protection under international law that endorse rule of law standards for the treatment of foreign investors. Investment treaty arbitration, in turn, is viewed as a mechanism not only to resolve individual investor-state disputes but also to implement, in reviewing the legality of state conduct, these principles of international investment law. Investment treaty arbitration, therefore, is viewed as more akin to administrative or constitutional judicial review than to commercial arbitration”.

¹³⁰ A legislação brasileira apresenta vários exemplos de recurso à arbitragem em matérias de direito público: leis federais n. 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões); n. 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações); e n. 9.478/1997 (Lei do Petróleo). De igual modo, note-se que o projeto de lei n. 7108/2014, que propõe alterações na Lei de Arbitragem (n. 9.307/1996), prevê que o art. 1º, § 1º, da aludida norma passe a figurar com a seguinte redação: “A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

¹³¹ SCHILL, **International investment law...**, 2010, p. 7. Do original: “the system appears not to deliver on a core component of fair process, especially the demands of independence (and impartiality) in the final judgment of public law”.

arbitragens de investimento.¹³² A inerente contraposição de interesses entre investidores e Estados receptores nas negociações de tratados de investimentos – principal razão a justificar a inexistência de um acordo multilateral compreensivo sobre a matéria – favorece a multiplicação de termos e conceitos vagos, circunstância que atribui aos tribunais arbitrais o papel de verdadeiros criadores do direito dos investimentos.¹³³

Diante do déficit democrático dos tribunais arbitrais de investimentos, a abertura semântica de *standards* de proteção a investidores torna-se um problema em potencial. Ao utilizar expressões de conteúdo indefinido – principalmente as cláusulas de “expropriação” e “tratamento justo e equitativo” – como parâmetro para a análise da legalidade de atos estatais, os árbitros dispõem de ampla margem de discricionariedade¹³⁴ para definir a abrangência de direitos de propriedade de investidores em contraposição à prerrogativa soberana dos Estados de buscar a contemplação do interesse público.¹³⁵

¹³² MONTT, 2012, p. 157.

¹³³ A propósito do tema, v. MONTT, 2012, p. 157: “Os negociadores de tratados de investimento preferiam deixar a formação das verdadeiras regras do direito internacional dos investimentos para a arbitragem *ad hoc*, evitando o longo e tormentoso processo de elaboração de normas convencionais, incluindo os custos provenientes da oposição conduzida por grupos de interesse domésticos”. Do original: “*Investment treaty negotiators preferred to leave the formation of actual rules of international investment law to ad hoc arbitral adjudication, avoiding the long and painstaking treaty-making process, including the costs deriving from the opposition by powerful domestic interest groups*”.

¹³⁴ ROBERTS, 2013, pp. 76-7: “Imprecisão geralmente é associada com discricionariedade do Estado. Porém, quando somada a um alto grau de obrigação e delegação, o oposto é verdadeiro: ao tribunal encarregado de interpretar e aplicar os *standards* atribui-se ampla margem discricionária. O resultado final foi um considerável deslocamento do poder interpretativo das partes dos tratados para os tribunais de investimentos, levando à criação de direito a partir de um corpo de precedentes *de facto*”. Do original: “*Imprecision is normally associated with state discretion, but when coupled with a high degree of obligation and delegation, the opposite is true: the tribunal charged with interpreting and applying the standard is given wide discretion. The net result was a considerable shift of interpretive power away from the treaty parties and toward investment tribunals, leading to much investment treaty law being developed through a body of de facto precedents*”.

¹³⁵ No mesmo sentido, v. MONTT, 2012, p. 126.

Como mencionado anteriormente, o ICSID não dispõe de um mecanismo institucionalizado e permanente de resolução de conflitos de investimentos; trata-se de um *framework* a orientar a solução das controvérsias ligadas à matéria. Essa circunstância dá origem a outro questionamento existencial a propósito da anatomia do sistema: a forma de nomeação dos árbitros, os quais, aliás, fazem parte de uma circunscrita comunidade, considerada “altamente especializada” pela Comissão de Direito Internacional da ONU.

A considerar que arbitragens de investimentos lidam essencialmente com questões de ordem pública, imparcialidade e transparência são requisitos indispensáveis aos árbitros, sob pena de colocar-se em xeque a credibilidade dos laudos arbitrais e, por consequência, a legitimidade do próprio sistema. Entretanto, Gus Van Harten alerta para uma particularidade que, à primeira vista, parece incontornável: “o fato de serem os árbitros nomeados caso a caso faz exsurgir a preocupação no sentido de que eles buscarão agradar aqueles que detêm poder nas principais autoridades nomeantes e na indústria da arbitragem”.¹³⁶

Trata-se de um potencial ciclo de retroalimentação, em que investidores tendem a nomear apenas árbitros cujas convicções lhes sejam plenamente favoráveis, o que em tese leva os árbitros a adotar posições pró-investidor na esperança de tornarem a participar de outras arbitragens, as quais são em regra deflagradas por investidores, e não pelos Estados receptores. Ademais, como a Convenção de Washington garante às partes total liberdade para a escolha dos árbitros¹³⁷, não há mecanismos formais a impedir que advogados tornem-se árbitros em futuras demandas, o que pode vir a representar verdadeiro conflito de

¹³⁶ VAN HARTEN, **Investment arbitration, procedural fairness...**, 2010, p. 628. Do original: “[...] *the fact that arbitrators are appointed on a case-by-case basis raises the concern that they will seek to please those who hold power in the key appointing authorities and in the arbitration industry*”.

¹³⁷ Nesse sentido, veja-se o artigo 37 da Convenção de Washington: “2. a) O tribunal terá um único árbitro ou um número ímpar de árbitros nomeados segundo acordo entre as partes; b) Na falta de acordo entre as partes sobre o número de árbitros e o método da sua nomeação, o tribunal integrará 3 árbitros, nomeando cada parte um árbitro, e devendo o terceiro, que será o presidente do tribunal, ser nomeado com o acordo de ambas as partes”.

interesses a prejudicar a credibilidade do laudo arbitral – e do precedente por ele criado.¹³⁸

Como consequência dos influxos da arbitragem comercial na formação da disciplina, o direito internacional dos investimentos estrangeiros franqueia espaço circunscrito para a participação de terceiros – principalmente organizações não governamentais – nas arbitragens investidor-Estado¹³⁹, um dos elementos que compõem a dimensão da transparência dos mecanismos arbitrais. É bem verdade que as arbitragens de investimento têm progredido no sentido de admitir participação de terceiros em seus procedimentos. No primeiro caso ICSID a abordar a participação de terceiros em arbitragens investidor-Estado, *Aguas del Tunari SA v. Bolivia*, o tribunal, diante da ausência de consenso das partes, rejeitou a participação de uma organização não governamental no procedimento.¹⁴⁰ A percepção de que as arbitragens

¹³⁸ PENUSLISKI, Ilija M. **A dispute systems design diagnosis of ICSID**. In WAIBEL, Michael *et al* (org.). **The Backlash against investment arbitration**. Kluwer Law International, 2010, p. 525: “[...] um problema deve surgir quando indivíduos funcionam indistintamente como árbitros e advogados. O potencial problema reside no fato de que árbitros podem decidir um caso de maneira que lhes seria favorável em outro no qual funcionariam como advogados. O fato de que em uma arbitragem a demanda pelos serviços de alguém depende amplamente da qualidade do trabalho pode indicar que há fortes garantias informais em jogo. De qualquer maneira, há poucos mecanismos formais para corrigir o prejuízo que um árbitro ou advogado mal intencionado poderia causar ao sistema”. Do original: “[...] *a problem may arise when individuals serve interchangeably as counsels and as arbitrators. The potential problem lies where arbitrators might rule in a way in one case that would be helpful to them in another case for which they serve as counsels. The fact that in arbitration a demand for one’s services depends largely on quality of work might indicate that there are strong informal safeguards in place. Be that as it may, very few formal corrective mechanisms exist which will rectify the harm an occasion rogue counsel or arbitrator might cause to the system*”.

¹³⁹ SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public ...*, p. 67.

¹⁴⁰ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3. *Letter by NGO to petition to participate as amicus curiae*: “É manifestamente claro que o Tribunal, sem o consentimento das partes, não tem poder para admitir uma não-parte nos procedimentos; para franquear o acesso às audiências a não-partes e, *a fortiori*, ao público em geral; ou para tornar públicos os documentos dos procedimentos”. Do original: “*It is manifestly clear to the Tribunal that it does not, absent the agreement of the Parties, have the power to*

de investimento apresentam índole eminentemente pública culminou com a alteração das regras do ICSID para permitir-se a participação de terceiros nas arbitragens investidor-Estado¹⁴¹, o que se viu, por exemplo, no caso *Biwater v. Tanzania*¹⁴². Entretanto, sob o ponto de vista material, ainda é diminuta a importância da participação de *amicus curiae* nos procedimentos arbitrais.¹⁴³

As características próprias do sistema transnacional de proteção de investimentos levaram David Schneiderman, um dos mais contumazes críticos do regime, a ponderar que os tratados de

join a non-party to the proceedings; to provide access to hearings to non-parties and, a fortiori, to the public generally; or to make the documents of the proceedings public”.

¹⁴¹ Artigo 37 (2) das Regras do ICSID: “(2) Após consultar ambas as partes, o Tribunal pode permitir a uma pessoa ou entidade que não é parte na disputa (aqui chamada de “terceiro”) dirigir ao Tribunal um memorial escrito sobre matéria atinente à disputa [...]” Do original: “(2) *After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “nondisputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute”.*

¹⁴² *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22.

¹⁴³ LEVINE, Eugenia. ***Amicus curiae in international investment arbitration: the implications of an increase in third-party participation***, 29, Berkeley Journal of International Law, 2011, p. 212. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>. Acesso em 20.ago.2013: “Uma revisão da maneira pela qual tribunais têm permitido a ONGs participar de arbitragens de investimentos revela que a razão a orientar essa intervenção tem sido mais formal do que material. Diante do interesse público nos procedimentos, a necessidade de promover-se certo nível de envolvimento público e transparência parece ter influenciado tribunais arbitrais. Ao mesmo tempo, estes, talvez porque perceberam que os terceiros não estavam aptos a influenciar o mérito das disputas, garantiram-lhes direitos circunscritos”. Do original: “*A review of the manner in which tribunals have allowed NGOs to participate in investment arbitrations to date reveals that the rationale driving their intervention has been more procedural than substantive. Given the public interest in the proceedings, the need to promote a level of public involvement and transparency appears to have influenced arbitral tribunals. At the same time, the arbitral tribunals, perhaps because they perceived that these third parties were not able to materially impact the merits of the disputes, granted them very limited rights*”.

investimentos estabelecem uma ordem constitucional supranacional que, embora criada por Estados, opera fora do alcance de suas respectivas ordens jurídicas internas.¹⁴⁴ Cria-se, assim, um paradoxo: investidores estrangeiros exploram áreas ligadas diretamente ao interesse público, mas se sujeitam apenas a um regime jurídico internacional declaradamente concebido para promover o fluxo de capital entre fronteiras, fortemente influenciado por grupos de pressão e carente de plena legitimidade democrática. Sobre o tema, Schneiderman pondera:

Investimentos podem ser vistos como um conjunto de normas vinculantes destinadas a proteger a política econômica da política majoritária. As regras e valores do regime também estão sendo internalizadas e materializadas em regimes constitucionais nacionais. Isso está sendo obtido por intermédio de reformas constitucionais e, comumente, interpretações judiciais. Sob o ponto de vista interno, normas de investimento podem ser vistas disciplinando e redimensionando o direito constitucional de vários Estados por todo o mundo.¹⁴⁵

Ao identificar verdadeiro paralelismo entre os padrões de proteção à atividade econômica na Constituição dos Estados Unidos e aqueles que constam de tratados de investimentos, David Schneiderman alerta para a excessiva limitação à atividade do Estado receptor imposta pela rede de TBIs, o que desestabiliza os processos democráticos consagrados nas respectivas Constituições dos Estados receptores:

Ao erigir barreiras à atuação do Estado – aquelas que previnem a facilitação de regras de investimento restritivas –, para além de garantia contínua quanto à implementação dos padrões mais altos de proteção a investimentos, espera-se

¹⁴⁴ SCHNEIDERMAN, 2008, p. 111.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 3. Do original: “*Investment rules can be viewed as a set of binding constraints designed to insulate economic policy from majoritarian politics. The rules and values of the regime are also being internalized and made material within national constitutional regimes. This is being accomplished through constitutional reform and, oftentimes, judicial interpretation. From this internal perspective, the investment rules can be seen as disciplining and reshaping the constitutional law of various states across the globe*”

que investidores sejam atraídos para locais antes esquecidos. Como o alcance das regras de investimento continua a expandir-se, entretanto, poucos dos benefícios esperados com a abertura das fronteiras e o fluxo irrestrito de investimentos chegaram aos países que se apressaram a aderir às limitações das regras do regime. Como o impacto negativo dos mecanismos irrestritos do mercado está sendo sentido em partes consideráveis do globo, uma incapacidade legal de localizar-se naquilo que Polanyi chamou de “duplo movimento”, na medida em que essas medidas afetam irrazoavelmente interesses de investidores, pode ser catastrófica para muitas pessoas em todo o mundo”.¹⁴⁶

Esse panorama de incertezas e preocupações originou uma reação de parte da comunidade jusinternacionalista contra os perigos da arbitragem de investimentos e, em última análise, da rede de TBIs. Nesse sentido, um grupo de 35 acadêmicos, liderado por quatro juristas com trabalhos reconhecidos na área – David Schneiderman, Gus Van Harten, Peter Muchlinski e Muthucumaraswamy Sornarajah – e com a participação de Martti Koskenniemi e James Gathii, lançou em 2010 um “manifesto público sobre o regime internacional de investimentos” contendo diversas preocupações a propósito do presente e do futuro do regime.¹⁴⁷ As diretrizes do documento estão ligadas basicamente a

¹⁴⁶ SCHNEIDERMAN, 2008, pp. 224-5. *Do original: “By erecting barriers to state action – those which forestall the relaxation of investment rules strictures – together with unremitting enforcement of the highest standards for the protection of FDI, it is expected that investors will be attracted to locales otherwise neglected. As the reach of investment rules regime continues to expand, however, few of the benefits expected to be gained by open borders and free-flowing investment [...] have accrued to those countries rushing to embrace the strictures of the rules regime. As the negative impact of unrestrained market mechanisms is being felt in considerable parts the globe [...] a legal incapacity to usher in what Polanyi called the ‘double movement’, to the extent that these measures unreasonably impair investment interests, may be catastrophic for many people in the world”.*

¹⁴⁷ VAN HARTEN, Gus *et al.* **Public statement on the international investment regime.** Disponível em <http://alainet.org/active/40578&lang=es>. Acesso em 08.out.2014.

preocupações quanto à interpretação extensiva e amplamente favorável a investidores de conceitos-chave da matéria¹⁴⁸ e quanto ao fato de árbitros estrangeiros estarem aptos a revisar quase livremente medidas adotadas por Estados no regular exercício de sua prerrogativa soberana.¹⁴⁹ Dentre as recomendações formuladas pelos acadêmicos,

¹⁴⁸ Idem: “5. Laudos arbitrais publicados por árbitros internacionais contra Estados em diversos casos incorporaram interpretações extremamente expansivas da linguagem de tratados de investimentos. Essas interpretações priorizaram a proteção da propriedade e o interesse de corporações transnacionais sobre o direito dos Estados de regular e o direito à autodeterminação dos povos. Isso é particularmente evidente na abordagem adotada por diversos tribunais arbitrais quanto a conceitos presentes em TBIs, como nacionalidade de corporações, expropriação, nação mais favorecida, não discriminação e tratamento justo e equitativo. Para todos atribuiu-se inquestionável orientação pró-investidor às expensas do Estado, de seus governos e de todos em cujo nome eles atuam. Isso promoveu significativa reorientação do equilíbrio entre proteção a investidores e regulamentação pública no direito internacional”. Do original: “5. Awards issued by international arbitrators against states have in numerous cases incorporated overly expansive interpretations of language in investment treaties. These interpretations have prioritized the protection of the property and economic interests of transnational corporations over the right to regulate of states and the right to self-determination of peoples. This is especially evident in the approach adopted by many arbitration tribunals to investment treaty concepts of corporate nationality, expropriation, most-favoured-nation treatment, non-discrimination, and fair and equitable treatment, all of which have been given unduly pro-investor interpretations at the expense of states, their governments, and those on whose behalf they act. This has constituted a major reorientation of the balance between investor protection and public regulation in international law”.

¹⁴⁹ Idem. “8. Como está constituída, a arbitragem de investimento não é um mecanismo justo, independente e equilibrado para a resolução de conflitos e, portanto, não deve ser utilizada para tanto. Há justificativas morais e de políticas públicas para que governos denunciem tratados de investimentos e se oponham à arbitragem investidor-Estado, incluindo a recusa ao cumprimento de decisões arbitrais quando um laudo condenatório estiver ligado a uma medida de boa-fé adotada para atender a um propósito legítimo”. Do original: “8. Investment treaty arbitration as currently constituted is not a fair, independent, and balanced method for the resolution of investment disputes and therefore should not be relied on for this purpose. There is a strong moral as well as policy case for governments to withdraw from investment treaties and to oppose

destacam-se a de renegociarem-se os TBIs de modo a eliminar-se a disparidade de forças entre investidor e Estado¹⁵⁰ e a de evitar-se a arbitragem de investimentos, substituindo-a por métodos adjudicativos mais democráticos e independentes.¹⁵¹

Na mesma toada, mais de 100 juristas manifestaram preocupação quanto à previsão de arbitragem investidor-Estado na Parceria Transpacífico, acordo que reúne países de peso no cenário econômico internacional, como Estados Unidos, Austrália, Canadá, Japão, Malásia, Peru e México. Intitulado “Carta aberta de juristas aos negociadores da Parceria Transpacífico instando a rejeição da resolução de controvérsias entre investidor e Estado”¹⁵², o documento que materializa a

investor-state arbitration, including by refusal to pay arbitration awards against them where an award for compensation has followed from a good faith measure that was introduced for a legitimate purpose”.

¹⁵⁰ Idem. “14. Estados devem rever seus tratados de investimento projetando denunciá-los ou renegociá-los à luz das preocupações expostas acima; devem caminhar na direção de substituir ou reduzir o uso da arbitragem de investimentos; e devem fortalecer seus sistemas domésticos de justiça para o benefício de todos os cidadãos e comunidades, incluindo investidores”. Do original: “14. States should review their investment treaties with a view to withdrawing from or renegotiating them in light of the concerns expressed above; should take steps to replace or curtail the use of investment treaty arbitration; and should strengthen their domestic justice system for the benefit of all citizens and communities, including investors”.

¹⁵¹ Idem: “16. A comunidade empresarial internacional deve abster-se de promover o regime dos investimentos internacionais e de recorrer à arbitragem de investimentos. Ao invés, deve promover processos decisórios justos e equilibrados que satisfaçam os requisitos de abertura e independência judicial, de acordo com os princípios da justiça instrumental e do Estado de Direito. A comunidade empresarial internacional deve também buscar resolver controvérsias de maneira cooperativa, recorrendo à judicialização apenas como ultimo recurso”. Do original: “16. The international business community should refrain from promoting the international investment regime and from resorting to investment treaty arbitration. Instead, it should promote fair and balanced adjudicative processes that satisfy the requirements of openness and judicial independence in accordance with the principles of procedural fairness and the rule of law. The international business community should also seek to resolve disputes in a co-operative spirit with recourse to adjudication only as a last resort”.

¹⁵² SORNARAJAH, M. *et al.* **An open letter from lawyers to the negotiators**

irresignação dos juristas, todos nacionais de países envolvidos na Parceria Transpacífico, encarta os mesmos questionamentos relativos ao desequilíbrio de forças provocado pela orientação pró-investidor das arbitragens de investimentos¹⁵³ e ventila ainda a preocupação com a possibilidade de juristas atuarem indistintamente como árbitros e advogados.¹⁵⁴

of the Trans-Pacific Partnership urging the rejection of investor-state dispute settlement. Disponível em <http://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>. Acesso em 12.set.2013.

¹⁵³ Idem: “Nós temos visões distintas sobre o TPP em geral. Entretanto, estamos unidos na concepção de que as proteções a investidores estrangeiros incluídas em recentes acordos de livre comércio e tratados bilaterais de investimentos, bem como a garantia de sua implementação por meio da arbitragem investidor-Estado, não devem ser replicadas no TPP. Amparamos essa conclusão em preocupações no sentido de que a expansão desse regime ameaça comprometer sistemas de justiça em nossos diversos países e fundamentalmente alterar o equilíbrio de poder entre investidores, Estados e outras partes afetadas de modo a prejudicar a justa resolução de controvérsias legais”. Do original: “*We have diverse views about the TPP generally. However, we are united in our view that the foreign investor protections included in some recent Free Trade Agreements (FTA) and Bilateral Investment Treaties (BIT) and their enforcement through Investor-State arbitration should not be replicated in the TPP. We base this conclusion on concerns about how the expansion of this regime threatens to undermine the justice systems in our various countries and fundamentally shift the balance of power between investors, states and other affected parties in a manner that undermines fair resolution of legal disputes*”.

¹⁵⁴ Idem: “Ademais, a anatomia do sistema de tribunais investidor-Estado permite que juristas funcionem como árbitros e advogados de investidores, o que seria antiético para juízes. O sistema também exclui o direito de litigantes não investidores e outras partes afetadas à participação e não atende aos princípios básicos de transparência, coerência e devido processo legal, comuns a nossos sistemas legais. A arbitragem de investimento como estabelecida atualmente não é um mecanismo justo, independente e equilibrado para a resolução de conflitos entre Estados soberanos e investidores privados”. Do original: “*Moreover, the design of the Investor-State system tribunals allows lawyers to rotate between roles as arbitrators and advocates for investors in a manner that would be unethical for judges. The system also excludes the right for non-investor litigants and other affected parties to participate and fails to meet the basic principles of transparency, consistency and due process common to our legal systems. Investment arbitration as currently constituted is not a fair, independent, and balanced method for the resolution of disputes between*

Ambos os manifestos simbolizam um movimento crescente de crítica radical à anatomia do regime e encartam questionamentos poderosos a esse respeito. Trata-se de manifestações externadas por acadêmicos de renome mundial na área do direito internacional econômico e advogados/legisladores com experiência e *expertise* na área, motivo pelo qual a repercussão de ambas foi significativa. Mas as críticas ao regime não se limitam a meros exercícios retóricos.

No plano da política internacional, a crise do direito dos investimentos materializa-se a partir da denúncia recente da Convenção de Washington por países latino-americanos: Bolívia (2007), Equador (2010) e Venezuela (2012) não mais estão submetidos à jurisdição do ICSID. De igual modo, a Austrália tem orientado sua política externa de modo a não mais admitir arbitragem investidor-Estado em novos tratados de comércio e investimento e promovido tratamento igualitário entre investidores estrangeiros e nacionais, aplicando-se-lhes o mesmo regime jurídico.¹⁵⁵

Ademais, as negociações entabuladas entre União Europeia e Estados Unidos para a elaboração de um amplo acordo intitulado Parceria Transatlântica de Comércio e Investimentos (PTCI), que promete trazer mudanças significativas na dinâmica da economia internacional por envolver dois de seus principais atores, esbarram na problemática da adoção da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos emanados do tratado.¹⁵⁶

sovereign nations and private investors”.

¹⁵⁵ SUBEDI, 2012, p. 3. No mesmo sentido, v. PETERSON, Luke E. **In policy switch, Australia disavows need for investor-state arbitration provisions in trade and investment agreements.** Disponível em <http://www.iareporter.com/articles/20110414>. Acesso em 7.nov.2014.

¹⁵⁶ LORZ, Ralph Alexander. **Germany, the Transatlantic Trade and Investment Partnership and investment-dispute settlement: observations on a paradox.** Columbia FDI Perspectives Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 132, 2014, p. 1. Disponível em <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-132-Lorz-FINAL.pdf>. Acesso em 31.out.2014: “Diversas organizações não-governamentais defendem que a PTCI estabelecerá um mecanismo extrajudicial para a solução de controvérsias que submeteria a Alemanha ao sabor das conveniências dos Estados Unidos e suas empresas transnacionais, ao tempo em que comprometeria sua soberania política. Essa crítica teve impacto no cenário político. Por exemplo, o Ministro da Justiça manifestou grave preocupações quanto à inclusão no PTCI de

A despeito das objeções que lhe são opostas, o sistema internacional de proteção a investimentos encontra-se hoje consolidado. Trata-se não de um movimento efêmero, mas de um fenômeno abrangente, que testemunhou a criação de uma compreensiva rede composta por aproximadamente 3 mil tratados bi e multilaterais a reger juridicamente os investimentos estrangeiros, principal motor da economia internacional. Aliás, note-se que, em regra, tratados de investimento regem as relações deles decorrentes mesmo após eventual denúncia¹⁵⁷, o que significa que mesmo uma improvável revogação generalizada de tratados de investimento não teria o condão de eliminar por completo o regime em um futuro próximo.

mecanismo de solução de controvérsia investidor-Estado, e o Conselho Federal seguiu o mesmo caminho ao apontar os altos riscos associados à arbitragem investidor-Estado”. Do original: “*Various non-governmental organizations (NGOs) argue that TTIP would establish an extrajudicial mechanism for settling disputes that would subject Germany to the caprice of the US and its multinational enterprises, while undermining its political sovereignty. This criticism has had an impact on the political scene. For example, the Federal Ministry of Justice has voiced grave concerns about the inclusion of ISDS provisions in TTIP, and the Federal Council has recently followed suit, pointing to the high risks allegedly associated with ISDS*”.

¹⁵⁷ ROBERTS, 2013, p. 91: “Ainda que Estados decidam não aderir a novos tratados de investimentos, uma rede de três mil acordos continua em vigor. Qualquer denúncia desses tratados tende a ocorrer de maneira lenta e fragmentada, e, de todo modo, em regra eles preveem a proteção de investimentos até dez ou vinte anos após a denúncia. Portanto, nós precisamos ainda compreender como interpretações de tratados de investimentos tendem a se desenvolver na medida em que a disciplina chega à maioria, pois a existência do sistema permanece provável, mesmo se seus contornos e solidez permanecerem sujeitos a questionamentos”. Do original: “[...] *even if states decide not to enter into new investment treaties, a web of three thousand treaties remains in effect. Any terminations of these treaties are likely to occur in a slow, piecemeal fashion, and, in any event, they typically provide for covered investments to remain protected for ten or twenty years after termination. Accordingly, we still need to understand how interpretations of investment treaties are likely to develop as the field matures into adulthood since the system’s continued existence seems likely, even if its exact form and future robustness remain open to question*”.

Se “tribunais de investimentos têm o poder de redefinir a relação entre direitos de propriedade e o interesse público”,¹⁵⁸ a definição do alcance do poder regulatório dos Estados receptores apresenta-se como a discussão central no âmbito do direito dos investimentos, pressionado a evoluir quanto à transparência, à abertura, à previsibilidade e, sobretudo, ao equilíbrio entre garantias dos investidores e interesse público.¹⁵⁹ O resgate da legitimidade do direito dos investimentos está intimamente ligado ao enfrentamento do potencial conflito entre a proteção a investidores e a adoção, por parte dos Estados receptores, de medidas destinadas à proteção do interesse público.

José Augusto Fontoura Costa pondera que o questionamento-chave a propósito da legitimidade do regime está ligado à forma por meio da qual os Estados lidam com disputas travadas fora de suas estruturas domésticas e à manutenção do espectro de retidão e lisura nesses processos decisórios.¹⁶⁰ Aos tribunais arbitrais investidor-Estado impõe-se o problemático desafio de solucionar conflitos jurídicos marcados pela imbricação quase indissociável entre o doméstico e o internacional.¹⁶¹

¹⁵⁸ MONTT, 2012, p. 126. Do original: “*Investment treaty tribunals have the power to redefine the relationship between property rights and the public interest*”.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 69.

¹⁶⁰ FONTOURA COSTA, **Comparing...**, 2011, p. 19.

¹⁶¹ ROBERTS, 2008, p. 66. “Casos baseados em tratados de investimento podem voltar-se ao equilíbrio entre a proteção ao investidor e a busca por interesses públicos conflitantes, como a proteção do meio ambiente, a promoção de direitos humanos e garantia de estabilidade econômica. Ao decidir tais matérias, devem os tribunais arbitrais: 1) reportar-se a decisões dos Estados sobre quais os objetivos de políticas públicas são legítimos e como estes podem ser alcançados; 2) revisar essas decisões inteiramente; ou 3) adotar um padrão de revisão intermediário? Aqui os paradigmas do direito internacional privado e do direito público caminham em direções opostas. Sob um paradigma de direito internacional privado, prestar reverência a uma das partes em disputa poderia ser vislumbrado como uma “heresia arbitral”. Ao contrário, se tribunais de investimentos forem compreendidos como responsáveis por exercer função de revisão judicial, é preciso valer-se de uma análise comparada de direito público para chegar-se à adequada orientação dos padrões de revisão”. Do original: “*Investment treaty cases can turn on the appropriate balance between investor protection and the pursuit of competing public interests, such as protecting the*

Conforme visto anteriormente, as arbitragens de investimentos revestem-se de evidente natureza pública na medida em que sujeitam Estados soberanos a julgamentos, em foros internacionais, a propósito da legalidade de seus atos domésticos. Ao diferenciá-las de demandas comerciais, Stephen Schill pondera que “arbitragens de investimentos estão basicamente ocupadas com a resolução de questões que são, na essência, de direito público, ou seja, disputas sobre a legalidade do exercício da autoridade pública de Estados”.¹⁶²

A índole pública das matérias discutidas em controvérsias de investimentos há de repercutir nos mecanismos interpretativos utilizados para a integração de conceitos vagos utilizados em TBIs. Analisar a validade de atos soberanos de um Estado demandado em um foro arbitral internacional – que, frise-se, carrega consigo um intrínseco déficit de legitimidade democrática – à luz de *standards* de direito público significa compreender de fato o caráter transindividual das controvérsias de investimentos, que inexoravelmente envolvem aspectos sociológicos, políticos e econômicos das localidades afetadas pelo desenvolvimento da respectiva atividade econômica. Nesse contexto, a teoria do interesse público global, de Andreas Kulick, lastreada na premissa de que o direito costumeiro internacional e os princípios gerais de direito podem funcionar como defesas contra pretensas violações de direitos de investidores, serve de referencial teórico na busca pelo equilíbrio necessário entre público e privado no direito internacional dos investimentos estrangeiros.

environment, promoting human rights, and securing a stable economy. In adjudicating such issues, should arbitral tribunals: (1) defer to the decisions of defendant states about which public policy goals are legitimate and how these should best be achieved; (2) review these decisions de novo; or (3) adopt some standard of review in between? Here the private international law and public law paradigms pull in opposite directions. Following a private international law paradigm, according deference to a disputing party could be viewed as an “arbitral heresy. By contrast, if investment tribunals are understood to be performing a judicial review function, appropriate guidance on standards of review might be drawn from a comparative analysis of public law”.

¹⁶² SCHILL, **Deference...**, p. 11, 2012. Do original: “[...] investment treaty arbitrations are mainly concerned with resolving what are in essence public law disputes, that is, disputes about the lawfulness of the exercise of public authority of states”.

3.3 A teoria do interesse público global de Andreas Kulick, a abordagem comparativa de direito público de Stephen Schill e a busca pelo resgate da legitimidade do regime internacional de proteção a investimentos a partir da utilização de princípios gerais de direito

No caso *Inceysa v. El Salvador*¹⁶³, o tribunal, a exemplo do que ocorreu no supracitado *Metal-Tech v. Uzbequistão*, rejeitou a jurisdição do ICSID sobre a causa em decorrência das violações ao direito interno de El Salvador perpetradas pela empresa demandante.¹⁶⁴ No que pode ser considerado um *obiter dictum*, o tribunal apontou a existência de uma “política pública internacional” (*international public policy*), representada por “uma série de princípios fundamentais que constitui a verdadeira essência do Estado e cuja principal função é preservar os valores do sistema legal internacional de atos que lhe sejam contrários”.¹⁶⁵

A noção de que a comunidade internacional compartilha virtudes comuns é particularmente valiosa para o direito internacional dos investimentos. No caso *Inceysa v. El Salvador*, os princípios da boa-fé, da vedação ao locupletamento ilícito e da impossibilidade de

¹⁶³ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case n. ARB/03/26.

¹⁶⁴ Parágrafo n. 264 da decisão: “À luz do exposto e considerando as violações da lei salvadorenha cometidas pela Inceysa ao realizar seu investimento, [...] este Tribunal decide que a Inceysa não pode beneficiar-se dos direitos garantidos pela Lei do Investimento porque seu “investimento” não atende às condições de legalidade necessárias para subsumir-se ao escopo e à proteção daquela lei. Por consequência, este Tribunal Arbitral nega a jurisdição deste Centro e sua competência para analisar o pedido que decorre do investimento da Inceysa”. Do original: “*In light of the foregoing, and considering the violations of Salvadoran law committed by Inceysa when making its investment, [...] this Tribunal decides that Inceysa cannot benefit from the rights granted by the Investment Law because its “investment” does not meet the condition of legality necessary to fall within the scope and protection of that law. Consequently, this Arbitral Tribunal denies the jurisdiction of the Centre and its competence to decide the claim arising from Inceysa’s investment*”.

¹⁶⁵ Parágrafo n. 245 da decisão. Do original: “*International public policy consists of a series of fundamental principles that constitute the very essence of the State,66 and its essential function is to preserve the values of the international legal system against actions contrary to it*”.

beneficar-se da própria torpeza (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*) foram utilizados, cada qual a seu modo, como parâmetros para a caracterização da violação à legislação salvadorenha e, em última análise, como valores da política pública internacional na medida em que “o respeito à lei é questão de política pública não apenas em El Salvador, mas em todo país civilizado”.¹⁶⁶

A despeito de reiteradas manifestações de tribunais arbitrais no sentido de que ao direito doméstico é reservado papel de destaque no direito dos investimentos – principalmente na definição de “investimento” –, os tratados consolidaram-se como a fonte primária e mais importante da matéria.¹⁶⁷ A hegemonia dos TBIs imprimiu à disciplina jurídica dos investimentos estrangeiros a racionalidade própria do direito internacional, positivista por excelência, e omitiu historicamente os interesses de países receptores de capital, negligenciados por normas convencionais desenhadas ao sabor das conveniências das grandes potências.¹⁶⁸ A propósito do tema, Andreas Kulick polemiza:

¹⁶⁶ Parágrafo 248 da decisão. Do original: “[...] *respect for the law is a matter of public policy not only in El Salvador, but in any civilized country*”.

¹⁶⁷ Vem daí a preferência pela utilização, neste trabalho, da expressão “direito internacional dos investimentos estrangeiros”, e não do brocardo “direito dos investimentos internacionais”, comumente empregado na doutrina. Trata-se de filigrana técnica revestida de significado teórico.

¹⁶⁸ No mesmo sentido v. ROBERTS, 2013, p. 76: “Os termos materiais desses tratados contemplam amplas proteções para investidores, com pouca ou nenhuma referência à necessidade de equilibrar a proteção a investimentos com outros objetivos de políticas públicas, como a proteção ao meio ambiente, à economia, saúde e segurança. Esses tratados se diferenciavam da maioria dos tratados de comércio, que habitualmente preveem uma lista de exceções para regulações que um Estado pode adotar ainda que elas prejudiquem o livre comércio. Essa distinção pode ser atribuída à presunção, por parte dos países exportadores de capital, que as proteções a investimentos, à diferença de tratados de comércio, não seriam aplicadas contra eles de maneira recíproca”. Do original: “*The substantive terms of these treaties include broad protections for foreign investors, with little or no reference to the need to balance investor protections against other public policy goals, such as protection of the environment, the economy, health, and safety. These treaties were quite unlike most trade treaties, which typically include a list of exceptions for regulations that a state could adopt even if they infringe upon free trade. This divergence can be traced to the assumption by capital-exporting states that investment*

Se o direito internacional é supremo no âmbito do direito dos investimentos e se, do ponto de vista material, o direito internacional consiste em especial de TBIs que lidam praticamente apenas com direitos dos investidores, então, no direito dos investimentos, os direitos dos investidores (e, assim, seus interesses) são supremos. [...] Assim, qualquer medida de interesse público adotada de forma legítima pelo Estado receptor que conflite com os – comumente muito vagos – dispositivos de um TBIs a garantir direitos a investidores será derruída em um contencioso. Em outras palavras, se o Estado receptor adota medida de interesse público conflitante com um *standard* de proteção, o investidor pode acioná-lo no âmbito do direito dos investimentos, independentemente da importância ou da urgência da medida.¹⁶⁹

Diante da hegemonia das normas internacionais de proteção dos investidores, o conceito de interesse público global (*global public interest*) construído por Andreas Kulick serve de ponto de partida na busca por amenizar a permanente tensão entre público e privado que permeia o direito dos investimentos. O panorama delineado até aqui desperta o que Andreas Kulick resume como o “desafio do interesse público”, que compreende basicamente a necessidade dos Estados no sentido de proteger direitos e interesses comuns a terceiros fora da relação entre poder público e investidor estrangeiro.¹⁷⁰

protections, unlike trade treaties, would not be applied against them in a reciprocal manner”.

¹⁶⁹ Idem, p. 51. Do original: “If international law is supreme in international investment law and the substantive international law consists mostly of BITs that almost exclusively deal with investor rights only, then, under international investment law, investor rights (and thus investor interests) are supreme. [...] Thus, any public interest measure undertaken by the host State that conflicts with the – often very broad – BIT provisions guaranteeing investors rights will be trumped in an investment dispute. In other words, if the host State applies the public interest measure in conflict with a BIT provision, the investor has a claim under the realm of international investment law – irrespective of the urgency and the importance of applying the said measure”.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 2.

Ao analisar os benefícios concedidos por TBIs a investidores – definidos com perspicácia pelo autor como “cartas trunfo” que, lastreadas no direito internacional, tendem a desfrutar de primazia sobre o direito interno –, Andreas Kulick formula dois questionamentos básicos a orientar a teoria do interesse público global: i) essa situação cria um desequilíbrio inaceitável diante de assuntos de interesse público global? ii) em caso afirmativo, seria possível identificar fundamentos doutrinários para aferir-se a existência de assuntos de interesse público global dentro do direito internacional dos investimentos?¹⁷¹

Respondendo afirmativamente a ambas as questões, Kulick identifica um processo de internacionalização da regulamentação jurídica de investimentos estrangeiros a partir da proeminência que é atribuída aos TBIs por tribunais arbitrais.¹⁷² Diante dessa circunstância, Kulick pondera que as considerações de interesse público não devem limitar-se ao plano doméstico, sob pena de esbarrarem na supremacia das normas internacionais de proteção a investidores:

Enquanto as preocupações do Interesse Público Global puderem ser enfrentadas apenas no âmbito do direito doméstico, elas não representarão uma defesa válida contra a supremacia dos direitos garantidos a investidores pelo direito internacional com os quais elas possam colidir. Dessa forma, parece haver necessidade de criarem-se possíveis defesas que o Estado receptor possa utilizar como justificativa para violações de direitos de investidores cometidas na busca pela Interesse Público Global.¹⁷³

A ideia de interesse público global é concebida por Andreas Kulick a partir de duas características marcantes ligadas ao direito dos investimentos: trata-se i) de um sistema de direito público que se ocupa do controle do exercício da autoridade pública (*public authority*) por

¹⁷¹ Ibidem, p. 4.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Idem. Do original: “As long as Global Public Interest concerns can only be addressed on the level of domestic law, they represent no viable defense against the supreme international law investor rights with which they might collide. Thus, there appears to be a need for possible defenses the host State may raise as justification for investor rights infringement it commits in pursuit of the Global Public Interest”.

parte do Estado receptor; ii) de um regime jurídico que, caracterizado pelo entrelaçamento dos níveis nacional e internacional, cria, em certa medida, um sistema constitucional a partir dos fenômenos da integração e da internacionalização.¹⁷⁴

Com base nessas premissas, Andreas Kulick defende que o costume internacional e os princípios gerais de direito podem funcionar como defesas a serem utilizadas por Estados receptores contra pretensas violações de prerrogativas de investidores¹⁷⁵, vez que ambos “compreendem o interesse público global no âmbito do direito internacional dos investimentos, a exemplo do que ocorre com o interesse público doméstico no direito público interno”.¹⁷⁶ Por opção de ordem metodológica, este trabalho concentra-se na importância dos princípios como vetores da incorporação de considerações de interesse público a normas internacionais de proteção a investidores.

Os princípios gerais de direito, na forma estatuída pelo artigo 38 (1) (c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, servem fundamentalmente para preencher lacunas deixadas pelo direito internacional, cuja produção normativa revela-se incapaz de acompanhar a dinâmica da sociedade global. A importância dos princípios gerais de direito está ligada à necessidade de incorporarem-se aspectos valorativos às normas de direito internacional, marcadas pela rigidez do paradigma positivista que orienta sua formação.¹⁷⁷ Essa importância acentua-se ainda mais no direito dos investimentos, marcado pela relação direta entre atores estatais e não-estatais.

Retomando a ideia de valores comuns à sociedade internacional, Andreas Kulick pondera que “princípios gerais são o consenso condensado de percepções domésticas comuns em relação ao que pertence aos valores centrais e fundantes de uma ordem legal”.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Ibidem, p. 5.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 164.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 163. Do original: “*customary international law and general principles of law encapsulate the Global Public Interest in the international investment law realm – equivalent to the domestic public interest in a domestic public law situation*”.

¹⁷⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 138.

¹⁷⁸ KULICK, 2012, p. 164. Do original: “*General principles are the condensed consensus of common domestic perceptions of what belongs to the core values and funding principles of a legal order*”.

Trata-se, segundo Kulick, de interesses comuns à sociedade global identificados pelos Estados ainda em seus respectivos planos internos.¹⁷⁹ Na mesma direção, Stephen Schill afirma que “os princípios mencionados pelo artigo 38 (1) (c) do Estatuto da CIJ compreendem princípios reconhecidos genericamente pelo direito interno, princípios gerais das relações internacionais e princípios comuns a todas as ordens jurídicas”.¹⁸⁰

A utilização de princípios no direito dos investimentos também é defendida pela abordagem comparativa de direito público concebida por Stephan Schill.¹⁸¹ Trata-se de método pelo qual elementos de direito público são utilizados como ferramentas integrativas das normas do direito dos investimentos diante da semelhança entre o sistema internacional de proteção a investimentos e regimes constitucionais¹⁸², como pondera Stephen Schill:

Essa proposta encontra fundamento na premissa de que o direito internacional dos investimentos e a arbitragem, ao estabelecer um panorama legal

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ SCHILL, *Enhancing the legitimacy...*, 2011, p. 25. Do original: “*General principles of law in the sense of Article 38(1)(c) of the ICJ Statute comprise principles generally recognized in domestic law, general principles deriving from international relations, and general principles inherent in every kind of legal order*”.

¹⁸¹ SCHILL, Stephen (ed.). **International investment law and comparative public law**. Oxford University Press, 2010.

¹⁸² Nesse sentido v. SCHILL, *Enhancing the legitimacy...*, 2011, p. 34: “Essa abordagem fundamenta-se na ideia de que o direito internacional dos investimentos diferencia-se da arbitragem comercial internacional e do direito internacional clássico (entre Estados). [...] O direito internacional dos investimentos [...] compartilha semelhanças funcionais com a revisão constitucional e administrativa da conduta do governo tanto no plano doméstico quanto no internacional, em particular sob instrumentos normativos de direitos humanos, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos”. Do original: “*This approach relies on the idea that international investment law differs from both international commercial arbitration and classical (inter-state) international law. [...] International investment law [...] shares core functional similarities with domestic administrative and constitutional review of government conduct at the domestic as well as the international level, in particular under various human rights instruments, such as the European Convention on Human Rights.*”

para a cooperação entre investidor e Estado e restringir o abuso de poder por parte do governo, são comparáveis, em termos de funcionamento, a garantias constitucionais e princípios de direito administrativo no plano doméstico que asseguram a não discriminação, o Estado de Direito e o respeito a direitos de propriedade. Portanto, sugere-se a existência de estreita semelhança entre os problemas decorrentes da arbitragem de investimentos e da do plano interno, notadamente quando indivíduos são confrontados com o abuso de poder por parte do governo.¹⁸³

A abordagem comparativa no direito dos investimentos baseia-se na implementação de paralelos entre regimes de direito público – domésticos ou internacionais – para a interpretação dos *standards* de proteção a investidores e também para a análise de aspectos procedimentais da arbitragem investidor-Estado.¹⁸⁴ A partir da interação do direito dos investimentos com outros sistemas normativos, a metodologia sugerida por Schill apresenta-se como resposta a questionamentos ligados à abertura e à transparência da arbitragem de investimentos.¹⁸⁵ Trata-se, em suma, de analisar comparativamente sistemas de direito público de modo a “legitimar a ação do Estado em face de entidades privadas”.¹⁸⁶

Dentre as vantagens apontadas por Schill com a utilização da abordagem comparativa, destacam-se a legitimização da jurisprudência

¹⁸³ Ibidem, p. 22. Do original: “*This proposal rests on the assumption that international investment law and arbitration, in establishing a legal framework for investor-state cooperation and in restricting governmental abuse of power, is functionally comparable to constitutional guarantees and administrative law principles at the domestic level that ensure nondiscrimination, government according to the rule of law, and respect for property rights. Accordingly, it is suggested that there is a close resemblance between the problems arising in investment treaty arbitration and at the domestic level, namely when individuals are faced with the misuse of governmental powers*”.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 23.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 24.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 23. Do original: “*In summary, the approach of viewing international investment law through a comparative public law lens suggests drawing, in a comparative perspective, on the functions of public law to limit but also to legitimize state action vis-à-vis private actors*”.

arbitral ao identificar-se que as soluções adotadas em arbitragens investidor-Estado assemelham-se àquelas adotadas em tribunais locais; a garantia de certo nível de padronização da interpretação de normas de TBIs; e a coerência entre diferentes sistemas de direito, amenizando os efeitos negativos da fragmentariedade do direito dos investimentos em relação a outros regimes internacionais, notadamente o direito internacional humanitário e o direito ambiental internacional.¹⁸⁷

A utilização da metodologia comparativa na interpretação do conteúdo de *standards* de investimentos encontra respaldo na jurisprudência arbitral. No caso *Total S. A. vs. Argentina*, o tribunal – embora, note-se, não tenha admitido expressamente a utilização da abordagem concebida por Schill – afirmou que “[...] uma análise comparativa do que geralmente se considera como uma conduta justa ou injusta adotada por autoridades públicas com relação a entes privados pode ser relevante na identificação de padrões legais em TBIs”.¹⁸⁸

Em suma, a utilização de princípios de direito público é uma ferramenta central no enfrentamento da crise de legitimidade experimentada pelo direito internacional dos investimentos. Ao imprimir carga valorativa às normas de significado obscuro e orientação pró-capital presentes em tratados de investimentos, os princípios de direito funcionam como interlocutores do interesse público nas arbitragens de investimento, amiúde confrontadas com temas politicamente sensíveis. Nesse contexto, à luz do aporte teórico trazido até aqui, os próximos tópicos abordarão a problemática ambiental no direito internacional dos investimentos, buscando contextualizá-la como uma das mais puras expressões do interesse público contraposto às garantias concedidas a investidores por TBIs.

3.4 Preservação ambiental e interesse público no direito internacional dos investimentos

¹⁸⁷ Ibidem, p. 24.

¹⁸⁸ *Total S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/1), parágrafo 111 da decisão. Do original: “[...] a comparative analysis of what is considered generally fair or unfair conduct by domestic public authorities in respect of private firms and investors in domestic law may also be relevant to identify the legal standards under BITs.”

O avançado estágio de degradação ambiental constatado ainda em meados da década de 1960¹⁸⁹ despertou a preocupação da comunidade internacional para a imperiosa necessidade de preservação do meio ambiente, de cuja implementação dependia o futuro da humanidade.¹⁹⁰ Entretanto, a problemática ambiental tardou a firmar-se de fato na agenda global, principalmente em virtude da potencial ameaça que representava à política desenvolvimentista do bloco terceiro-mundista, que atrelava desenvolvimento a crescimento econômico e, para tanto, atribuía importância especial à exploração dos recursos naturais, que representavam o principal motor do processo de industrialização. No dizer de Annie Vallée, “o debate entre as relações entre a economia e a ecologia foram frequentemente fonte de conflito a ilustrar as contradições derivadas de duas lógicas aparentemente incompatíveis”.¹⁹¹

Em um mundo onde se multiplicam os efeitos perversos da ação antrópica sobre o meio ambiente, motivada principalmente pela busca histórica da maximização da produção econômica, não se pode admitir que a economia desenvolva-se em descompasso com a política ambiental. Em tempos de busca por um desenvolvimento inclusivo, que compreende todas as dimensões da vida humana – sem circunscrever-se,

¹⁸⁹ VALLÉE, Annie. **Économie de l'environnement**. 2. ed., 2011, p. 17: “O interesse quanto aos problemas ambientais é, certamente, um fenômeno recente, mas que se insere em um longo processo histórico de evolução das relações entre o homem e a natureza”. Do original: “*L'intérêt porté aux problèmes d'environnement est, certes, un phénomène récent, mais il s'inscrit dans un long processus historique d'évolution des rapports entre l'homme et la nature*”.

¹⁹⁰ SCHRIJVER, **Development...**, 2010, p. 48: “Antes, poluição ou superexploração de recursos naturais eram discutidas no plano internacional principalmente em decorrência de uma perda de importantes ativos econômicos, não por causa dos danos ao meio ambiente natural. Ainda durante os anos sessenta, percebeu-se que o ‘ambiente humano’ estava em xeque. As pessoas passaram a perceber o mundo como uma entidade única, como a ‘nave espacial Terra’”. Do original: “*Previously when pollution or overexploitation of natural resources had been discussed at the international level, it was mainly because of a loss of important economic assets, not because of the damage to the natural environment. Yet during the 1960s, it was realized that the ‘human environment’ was at stake. People began to see the world as one entity, as ‘spaceship earth’*”.

¹⁹¹ VALLÉE, 2011, p. 17. Do original: “*Le débat portant sur les relations entre l'économie et l'écologie a souvent été une source d'affrontement illustrant les contradictions issues de deux logiques apparemment incompatibles*”.

portanto, a referências e valores puramente econômicos –, a alegada “incompatibilidade” entre economia e ecologia não encontra qualquer justificativa para prevalecer. Como defende Cristiane Derani, a política econômica não pode negligenciar a adequada apropriação dos recursos naturais, sob pena de subverter-se a ordem social com a anulação de interesses coletivos e individuais.¹⁹² Sobre a relação indissociável entre economia e ecologia e o papel do direito nessa equação, Cristiane Derani afirma:

Tomando-se as contribuições da economia ambiental, sem fechar os olhos a suas limitações; verificando-se, mais detidamente, que o conflito sobre o qual ela trabalha e conflito enquanto imerso na visão restrita e incorreta de que todos os elementos da produção podem ser inseridos na dinâmica reguladora do mercado (*marketable good*), é forçoso admitir que cabe à aplicação do direito a “justa medida”, na composição dessas teorias, contextualizando e adaptando-as às condições e exigências sociais e sobretudo ratificando a complexidade — jamais oposição — da relação entre economia e ecologia. Daí chegar-se, agora pela via deste pequeno apanhado econômico, à conclusão de que não se pode analisar o capítulo do meio ambiente como limitativo da ordem econômica, ou conflitante com suas normas, ou mesmo tomar ambos como refratários um ao outro.¹⁹³

A proximidade entre economia e ecologia há de repercutir na construção do direito econômico e do direito ambiental de modo a evitar que a “aparente incompatibilidade” não seja levada a efeito e, em última análise, acabe por transformá-los em áreas estanques, incapazes de promover diálogos entre suas fontes, ou, pior, contraditórias entre si. Nesse sentido, o direito internacional dos investimentos, um dos ramos do direito econômico que mais cresceu nas últimas décadas, mostra-se cada vez mais sensível à incorporação da problemática ambiental ao seu arcabouço teórico e jurisprudencial, como será visto à frente.

A aproximação entre o direito dos investimentos e normas ambientais vem ganhando força no cenário global, sobretudo na medida

¹⁹² DERANI, 2009.

¹⁹³ Ibidem, p. 190.

em que a proteção ambiental deixou de ser elemento subsidiário para tornar-se peça-chave na avaliação dos riscos de um investimento.¹⁹⁴ Longe de limitar-se exclusivamente ao âmbito econômico, o processo de valorização dos componentes ambientais da atividade econômica apresenta consequências jurídicas marcantes.

Os desafios impostos pelas consequências catastróficas da ação antrópica sobre o meio ambiente exigem um concerto da sociedade global em torno da adoção de medidas efetivas de amenização dos danos ambientais, como afirma Nico Schrijver: “As mudanças climáticas colocam-nos frente a frente com a incômoda realidade de que não podemos suportar atrasos eternos sem que adotemos importantes iniciativas ligadas à política ambiental”.¹⁹⁵ Atento a essa necessidade premente, o direito ambiental afasta-se da tradicional lógica civilista da reparação diante do prejuízo e prioriza a prevenção de danos ambientais e a conservação e utilização sustentável de recursos naturais.¹⁹⁶

A globalização da produção fez ruírem as fronteiras nacionais como espaço limítrofe da atividade econômica. As consequências ambientais da produção econômica espriam-se por todo o planeta, razão pela qual não se revela viável conceber a proteção ao meio ambiente apenas a partir de iniciativas domésticas, quer no plano político ou no jurídico.¹⁹⁷ Com o mercado globalizado, o dano ambiental não encontra limite nas fronteiras nacionais, o que torna a preservação do meio ambiente um desafio mundial. A internacionalização da

¹⁹⁴ VIÑUALES, **Foreign investment...**, 2012, p. 391.

¹⁹⁵ SCHRIJVER, Nico. **The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 214. Do original: “*Climate change especially brings us face-to-face with the uncomfortable reality that we cannot afford endless delays before taking major environmental policy initiatives*”.

¹⁹⁶ BIRNIE, A. E.; BOYLE, P. W. **International law and the environment**. 2. ed. Oxford University Press, 2002, p. 179.

¹⁹⁷ DERANI, 2009, p. 106: “É evidente, dentro do panorama exposto, que a questão da conservação da natureza integra uma perspectiva mundial, não só pelos efeitos da destruição ambiental que desconhece fronteiras, mas sobretudo pela sua vinculação à dinâmica do mercado internacional. A destruição do ambiente não se deve a uma simples relação entre crescimento econômico de um país e a imediata poluição decorrente causada. Esta destruição faz parte de um processo global de expansão da produção. Causas e efeitos não estão necessariamente ligados ao mesmo território nacional”.

problemática ecológica repercutiu no direito, tornando-o elemento fundamental da governança ambiental global. Os diversos tratados e compromissos multilaterais a abordá-la dão conta dessa incontornável internacionalização, processo que repercute decisivamente na formação do direito internacional e, em particular, do direito dos investimentos.¹⁹⁸

A aproximação entre o direito internacional dos investimentos e o direito ambiental relaciona-se com a dinâmica das fontes de direito internacional. Com a emergência de novos atores não estatais, a noção de autoridade no plano internacional desassociou-se da concepção clássica, voluntarista, o que permitiu a flexibilização da rigidez das fontes de modo a contemplar-se a nova conjuntura de forças no plano global.¹⁹⁹ Embora as normas convencionais, vinculantes, ainda sejam as

¹⁹⁸ VIÑUALES, 2012, p. 393: “Ao ficar mais visível a conexão entre medidas ambientais domésticas e obrigações ambientais internacionais assumidas pelos Estados, iniciativas ligadas à proteção do meio ambiente são cada vez menos consideradas ‘protecionistas’ ou ‘unilaterais’ e se tornam ‘coordenadas’ e ‘multilaterais’. Isso, por sua vez, altera o panorama legal aplicável à relação destas com normas de investimentos”. Do original: “*as the link between domestic environmental measures and the international environmental obligations of States becomes more visible, environmental protection initiatives at the domestic level are less and less framed as “protectionist” or “unilateral” to become ‘co-ordinated’ or ‘multilateral’ environmental measures. This, in turn, changes the legal framework applicable to the analysis of their relations with investment disciplines*”.

¹⁹⁹ D’ASPREMONT, Jean. **Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 2: “De fato, a criação de normas internacionais experimentou complexa e multifacetada pluralização. Primeiro, a autoridade normativa no plano internacional não é mais exercida por um fechado círculo de oficiais de alta patente agindo em nome de Estados; ao invés, tornou-se um agregado de procedimentos complexos a envolver atores não estatais. Como resultado, a autoridade pública hoje é exercida em nível internacional por um número crescente de modos informais que são estranhos aos processos clássicos de produção normativa internacional. Segundo, estes próprios foram submetidos a um processo de pluralização, manifestado pela diversificação dos tipos de instrumentos por intermédio dos quais são produzidas as normas no plano internacional”. Do original: “*Indeed, international norm-making has undergone an intricate and multi-fold pluralization. First, normative authority at the international level is no longer exercised by a closed circle of high-ranking officials acting on behalf of States, but has instead turned into an aggregation*

protagonistas do direito internacional, a transposição de valores políticos da comunidade internacional para o âmbito jurídico opera-se também por instrumentos normativos mais flexíveis, notadamente os princípios. Nesse contexto emergiram as normas ditas “*soft law*”, as quais, segundo a concepção clássica, não traduzem, por si só, obrigações vinculantes, mas que dispõem de significativa importância na identificação dos contornos dos princípios normativos e, por consequência, dos valores que permeiam e orientam o direito internacional.

O direito ambiental, diante da natureza essencialmente política de seu objeto primário, dispõe de forte matriz principiológica. A negociação de instrumentos ambientais envolve, em regra, interesses contrapostos e dificilmente conciliáveis, o que tende a dificultar ou, por vezes, inviabilizar a formalização de “compromissos vinculantes” – na acepção clássica que o direito internacional empresta ao termo. Sobre o tema, Tim Stephens menciona:

Princípios ambientais são um importante legado das origens da disciplina, ligadas ao *soft law*. Determinar os limites adequados para a exploração de recursos naturais ou impor limitações ao desenvolvimento para preservar espécies ou ecossistemas frequentemente envolve escolhas políticas altamente controversas. Nesse contexto, a noção de que Estados possam aderir a *standards* não-vinculantes ou imprecisos é obviamente sedutora na medida em que permite chegar-se a concordância quanto aos objetivos de proteção ambiental sem parecer impor entraves absolutos à autonomia estatal. Princípios ambientais, portanto, encerram algum grau de normatividade, mas não necessariamente carregam todas as características de normas legais (embora possam adquirir tal *status*).²⁰⁰

of complex procedures involving non-State actors. As a result, public authority is now exercised at the international level in a growing number of informal ways which are estranged from the classical international law-making processes. Second, traditional international law-making processes themselves have endured a process of pluralization, which has manifested itself in a diversification of the types of instruments through which norms are produced at the international level”.

²⁰⁰ STEPHENS, Tim. **International Courts and Environmental Protection.**

O movimento ambientalista, articulado especialmente a partir do início da década de 1970 com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (Conferência de Estocolmo), incorporou à agenda internacional a preocupação com a preservação do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável, sintetizado pelo Relatório Brundtland a partir de um conceito singelo, porém contundente: “desenvolvimento que compreende as necessidades da presente geração sem comprometer a capacidade de futuras gerações de satisfazer suas próprias”.²⁰¹

A Corte Internacional de Justiça mencionou expressamente pela primeira vez o desenvolvimento sustentável – sem atribuir-lhe, contudo, o *status* de princípio – apenas em 1997, por ocasião do julgamento do emblemático caso *Gabcikovo-Nagymaros*, a envolver controvérsia oriunda da construção conjunta de barragens no rio Danúbio entre as cidades de Gabcikovo, hoje pertencente à Eslováquia, e Nagymaros, na Hungria.²⁰² Muito embora a Corte não tenha definido o conceito, a menção à utilização do desenvolvimento sustentável como ferramenta de conciliação entre desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente é histórica. Em voto separado que se tornou marco do direito

Cambridge University Press, 2009, p. 6. Do original: “*Environmental principles are an important legacy of the soft-law origins of the discipline. Determining appropriate limits to the exploitation of natural resources, or imposing limitations upon development to preserve species or ecosystems, often involves highly contentious political choices. In this context the notion that states might agree to a non-binding or imprecise standard has obvious attractions as it permits agreement on the goals of environmental protection without appearing to impose absolute fetters on state autonomy. Environmental principles therefore involve some degree of normativity, but do not necessarily bear all the hallmarks of legal rules (although they can acquire such status)*”.

²⁰¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future**. 1987. Disponível em http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf. Acesso 15.mai.2014.

²⁰² GABČÍKOVO-NAGYMAROS PROJECT (Hungary/Slovakia), Judgment, *I.C.J. Reports*. 1997. Parágrafo 140 da decisão: “[...] Essa necessidade de conciliar desenvolvimento econômico com proteção do meio ambiente é corretamente expressa no conceito de desenvolvimento sustentável”. Do original: “[...] *This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development*”.

internacional ambiental, o juiz Weeramantry foi além e, ao caracterizar o desenvolvimento sustentável como um princípio com força vinculante, defendeu a proteção do meio ambiente como um valor universal e, por consequência, um princípio geral de direito:

O princípio do desenvolvimento sustentável é, portanto, parte do direito internacional moderno não apenas diante de sua inescapável necessidade lógica, mas também pela sua aceitação geral pela comunidade global. O conceito tem um importante papel na resolução de conflitos relacionados ao meio ambiente. Os componentes do princípio vêm de áreas bem estabelecidas no direito – direitos humanos, responsabilidade dos Estados, direito ambiental, direito econômico e industrial, equidade, soberania territorial, abuso de direito, boa vizinhança – para mencionar alguns. [...] Ele reafirma na arena do direito internacional que deve haver tanto desenvolvimento quanto proteção ambiental e que nenhum dos dois pode ser negligenciado.²⁰³

A relutância da Corte Internacional de Justiça quanto a atribuir ao desenvolvimento sustentável o caráter de princípio geral não reflete a dinâmica política da temática ambiental no plano internacional. A preocupação com o futuro do planeta, compartilhada por todos os países, catalisou a edição de múltiplos compromissos internacionais em matéria ambiental, ligados principalmente ao melhor aproveitamento

²⁰³ GABČÍKOVO-NAGYMAROS PROJECT (Hungary/Slovakia), Judgment, *I.C.J. Reports*. 1997. Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, p. 95. Do original: “*The principle of sustainable development is thus a part of modern international law by reason not only of its inescapable logical necessity, but also by reason of its wide and general acceptance by the global community. The concept has a significant role to play in the resolution of environmentally related disputes. The components of the principle come from well-established areas of international law - human rights, State responsibility, environmental law, economic and industrial law, equity, territorial sovereignty, abuse of rights, good neighbourliness - to mention a few. [...] It reaffirms in the arena of international law that there must be both development and environmental protection, and that neither of these rights can be neglected*”.

dos recursos naturais e ao combate à ação antrópica como fator preponderante no panorama das mudanças climáticas.²⁰⁴

Diante da mencionada indissociável relação entre ecologia e economia, e seguindo a profusão de compromissos internacionais destinados à proteção do meio ambiente, acordos econômicos vêm cada vez mais contemplando a problemática ambiental. Os tratados de investimento, responsáveis por regulamentar atividades econômicas que, em diversos casos, repercutem no meio ambiente do Estado receptor, não fogem dessa tendência.

3.5 *A inclusão de linguagem ambiental em tratados de investimento*

Como visto no primeiro capítulo, investidores historicamente negligenciaram o meio ambiente do Estado receptor²⁰⁵, ainda que muitos investimentos estivessem ligados a atividades econômicas ecologicamente sensíveis, como exploração de recursos minerais e abastecimento de água. O direito internacional dos investimentos estrangeiros e o direito ambiental internacional estabeleceram-se como regimes jurídicos isolados, cada qual a tratar de seu objeto específico.²⁰⁶ Todavia, dois fatores foram os principais responsáveis pela promoção de uma aproximação entre essas duas áreas. O primeiro foi o combate à chamada “*race to the bottom*”, fenômeno representado pela redução – encetada principalmente por países menos desenvolvidos – dos padrões de proteção ambiental para somar-se a isso os esforços do movimento ambientalista nas últimas décadas, impulsionado pela importância da

²⁰⁴ Sobre o tema, v. VEIGA, José Eli da. **A desgovernança global da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013, p. 45: “Os entendimentos da comunidade internacional sobre os cuidados exigidos pela conservação do meio ambiente têm sido muito mais intensos do que se costuma supor. Alguns poucos indicadores são suficientes para perceber que chega a ser frenético o processo político global com esse foco. Mesmo deixando de lado os acertos bilaterais, em apenas sete anos – 2005-2011 – foram assinados 22 acordos, 59 aditivos e 10 protocolos. A cada semestre, os corpos diplomáticos têm sido chamados a participar, em média, de quarenta reuniões de negociações multilaterais sobre questões ambientais”.

²⁰⁵ MILES, 2013, p. 213.

²⁰⁶ VIÑUALES, Jorge. **Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship**. British Yearbook of International Law, vol. 80, 2010, p. 4.

Rio 92 e pelo reconhecimento do desenvolvimento sustentável como elemento central da agenda político-econômica global. Essa combinação trouxe à disciplina jurídica dos investimentos estrangeiros uma nova perspectiva.

A crescente mobilização da sociedade civil internacional em torno da eventual limitação da autonomia regulatória dos Estados imposta pelo regime internacional de proteção aos investimentos acelerou a inclusão da problemática ambiental em TBIs.²⁰⁷ Em pesquisa encomendada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Kathryn Gordon e Joachim Pohl analisaram 1.623 tratados, amostra que representa mais de 50% dos acordos em vigor, e concluíram que 8,2% dos acordos contêm dispositivos ligados à preservação ambiental.²⁰⁸ Trata-se, segundo os autores, de um processo que vem crescendo de forma considerável nos últimos quinze anos:

O predomínio de linguagem ambiental na amostragem de tratados é pequeno, mas crescente. A pesquisa mostra que 133 TBIs, ou 8,2% da amostra, contêm linguagem ambiental (environmental language) de alguma forma. [...] Após a primeira ocorrência de linguagem ambiental, no tratado celebrado entre China e Cingapura em 1985, a utilização de tal linguagem continuou muito rara até meados da década de 1990. Desde então, a proporção de acordos que contêm linguagem ambiental começou a crescer moderadamente e, a partir de 2002,

²⁰⁷ MOROSINI, Fábio; NIENCHESKI, Luísa. **A regulação do investimento estrangeiro direto e suas relações com o meio ambiente.** In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Direito Internacional dos Investimentos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 571: “Tais alterações nos modelos dos TBIs, conforme pontua [José] Alvarez, são resultado de uma década de pressões exercidas por ONGs, algumas das quais estavam envolvidas no esforço bem sucedido para desvendar as negociações para o Acordo Multilateral da OCDE sobre o investimento e que permaneceram convencidos, com ou sem razão, que a rede de TBIs e dos acordos de investimento ameaçam os direitos dos governos em regular o interesse público”.

²⁰⁸ GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. **Environmental Concerns in International Investment Agreements: a survey.** OECD Working Papers on International Investment, No. 2011/1, OECD Investment Division. Disponível em www.oecd.org/daf/investment/workingpapers. Acesso em 7.fev.2014.

vertiginosamente, alcançando um pico em 2008, quando 89% dos novos tratados continham referências a preocupações ambientais. Esse alto percentual reflete, em parte, a grande proporção de acordos de livre-comércio com capítulos sobre investimentos celebrados em 2008.²⁰⁹

Não faltam exemplos dessa processo. Um deles é a política da Noruega relativa a investimentos estrangeiros. O abrangente modelo norueguês de tratados de investimentos estabelece logo no preâmbulo que os dispositivos sugeridos no documento devem ser interpretados em consonância com acordos ambientais internacionais.²¹⁰ Ademais, o artigo 11 dispõe que os padrões regulatórios ambientais domésticos não devem ser flexibilizados para favorecer investidores. No artigo seguinte, pertencente ao título “do direito de regular” – expressão que diz respeito a um dos elementos-chave do direito dos investimentos estrangeiros –, o documento sugere que as interpretações de seus dispositivos não devem servir de obstáculo para a adoção de medidas consideradas necessárias para a preservação do meio ambiente.

É importante salientar que a incorporação da temática ambiental a tratados de investimento não se restringe a acordos celebrados entre países desenvolvidos, que presumivelmente contam com melhores índices de preservação ambiental. Países de menor poderio econômico também estão sintonizados com essa preocupação, como revelam o acordo celebrado entre Canadá e Sérvia em 2014, que faz menção a *standards* de responsabilidade social corporativa²¹¹, e o acordo de 2004 entre os Estados Unidos e Uruguai, cujo preâmbulo faz menção expressa à intenção de que os objetivos do tratado sejam alcançados “de maneira condizente com a proteção da saúde, da segurança e do meio ambiente, bem como com a promoção da proteção do consumidor e dos direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos”²¹², expressão replicada

²⁰⁹ Ibidem, p. 50.

²¹⁰ Disponível em <http://italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf>. Acesso em 2.abr.2014.

²¹¹ O tratado bilateral de investimento celebrado entre o Canadá e a Sérvia será analisado no próximo capítulo, no item 3.2.3.

²¹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI. **Treaty between The United States of America and The Republic of Uruguay concerning the encouragement and reciprocal protection of investment.** 2004. Disponível em

em outros tratados assinados pelos EUA. Ainda, o artigo 12 apresenta uma cláusula geral que condiciona a interpretação dos demais dispositivos do tratado à análise das preocupações ambientais envolvidas na operação econômica:

Nada neste tratado deve ser interpretado de modo a impedir uma parte de adotar, manter ou aplicar qualquer medida compatível com outro dispositivo deste tratado e considerada cabível para assegurar que a atividade dos investimentos em seu território seja desenvolvida em sintonia com preocupações ambientais.²¹³

De igual modo, o tratado celebrado entre os Estados Unidos e a Ruanda em 2008 reserva um artigo para abordar especificamente a relação entre investimento e meio ambiente. O dispositivo veda a flexibilização, por parte de investidores estrangeiros, das normas ambientais domésticas e exorta ambas as partes a evitar promessas de redução dos níveis locais de proteção ambiental como forma de atrair investimentos:

As partes reconhecem que não é adequado enfraquecer ou reduzir a proteção garantida pela legislação doméstica ambiental com o objetivo de estimular investimentos. Portanto, cada parte deve empenhar-se para garantir não abdicar ou derrogar de outra forma, bem como não oferecer fazê-lo, tais leis de maneira a enfraquecer ou reduzir a proteção por elas garantida com o objetivo de estimular o estabelecimento, a aquisição, a expansão ou a permanência de um investimento em seu território. Se uma das partes considerar que a outra tenha oferecido tal estímulo, pode

http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/Negotiations/text_e.pdf. Acesso em 2.jun.2014. *Do original: “Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of consumer protection and internationally recognized labor rights”.*

²¹³ *Do original: “Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concern”.*

requerer consultas com a esta, e ambas deverão deliberar de modo a evitar tal estímulo.²¹⁴

Apesar da alvissareira inclusão de cláusulas ambientais em TBIs, a incorporação definitiva da problemática ambiental ao direito internacional dos investimentos está condicionada a processos hermenêuticos que conciliem o interesse público do Estado receptor e as garantias a investidores a partir da interpretação das cláusulas gerais. Isso porque os tribunais arbitrais, que exercem papel fundamental no desenvolvimento do direito dos investimentos, ainda não foram instados a analisar cláusulas ambientais em TBIs, motivo pelo qual não se revela possível precisar seu alcance prático.

Ademais, a pesquisa realizada por Kathryn Gordon e Joachim Pohl revela que a linguagem ambiental utilizada nos TBIs, mesmo nos mais recentes, ainda é tímida e próxima da abordagem tradicional da proteção ambiental, descolada, portanto, dos assuntos que efetivamente dominam a agenda ambiental global.²¹⁵ Segundo os pesquisadores, “o conjunto de assuntos explicitamente abordados em TBIs, bem como os paradigmas subjacentes de proteção ambiental, parece incorporar-se lentamente à comunidade de tratados, quando muito”.²¹⁶

²¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; REPÚBLICA DA RUANDA. **Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the encouragement and reciprocal protection of investment**. 2008. Disponível em http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/US-Rwanda_BIT.pdf. Acesso em 27.mai.2014. Do original: “*The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement*”.

²¹⁵ GORDON; POHL, 2011, p. 24.

²¹⁶ Ibidem, p. 25. Do original: “[...] *the set of issues that are explicitly mentioned in IIAs as well as the underlying paradigms of environmental protection appear to penetrate the investment treaty community slowly, if at all*”.

A afirmação de José Eli da Veiga no sentido de que “a condução do processo de desenvolvimento sustentável não pode resultar da mera coexistência de novas iniciativas de caráter ambiental e velhas ações de desenvolvimento, como ocorre desde a conferência de Estocolmo em 1972” é particularmente pertinente nesse contexto.²¹⁷ A aplicação de princípios de direito ambiental na interpretação de *standards* de proteção de investimentos é de fundamental importância para que, ao conciliar promoção de desenvolvimento econômico com a utilização racional de recursos naturais, o regime internacional de proteção do capital estrangeiro seja um vetor de concretização de diretrizes políticas sensíveis ligadas à preservação ambiental.

No direito internacional dos investimentos, disciplina marcada pelo entrelaçamento constante entre Estados e atores não-estatais, os influxos da ideia de interesse público global, gênero do qual a proteção ao meio ambiente é espécie, passam ao largo da formalidade própria das normas convencionais internacionais.²¹⁸ Nesse contexto, os princípios gerais de direito surgem não apenas como evidentes mecanismos integradores dos conceitos informadores do direito internacional dos investimentos, mas como vetores do resgate de sua legitimidade.

No próximo e último capítulo, o presente trabalho abordará, com fundamento nas teorias concebidas por Andreas Kulick (interesse público global) e Stephan Schill (análise comparativa de direito público), o papel de princípios do direito ambiental, notadamente o da precaução e o do poluidor-pagador, na integração de conceitos próprios do direito internacional dos investimentos.

²¹⁷ Ibidem, p. 11.

²¹⁸ Nesse sentido, v. KULICK, 2012, p. 165: “[...] articular-se com base em instrumentos clássicos de direito internacional público geral pode parecer insatisfatório ou até contraditório caso se faça referência ao interesse público da comunidade global em um regime regulatório de governança global que consiste em um emaranhado de atores estatais e não estatais”. Do original: “[...] *hinging on classical instruments of general public international law may seem unsatisfactory or even contradictory, if one refers to the public interest of the world community in an international regulatory régime of global governance that consists of the enmeshment of State and non-State actors*”.

4 APROXIMAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS E NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

4.1. Princípio da precaução, expectativas legítimas de investidores e estabilidade regulatória no Estado receptor: o papel da problemática ambiental na interpretação do tratamento justo e equitativo

4.1.1. Cláusulas de estabilização e a origem do conceito de expectativas legítimas

Investimentos e riscos são duas faces de uma mesma moeda. Operações econômicas internacionais são, por definição, negócios que envolvem múltiplos riscos. As reiteradas nacionalizações de capital estrangeiro ocorridas ao longo do século XX, principalmente a onda de expropriações das décadas de 1960 e 1970 nos setores petrolífero e de mineração, despertaram a atenção de investidores para a necessidade de amenização dos riscos inerentes aos negócios a partir de mecanismos jurídicos que lhes garantissem estabilidade na condução de seus negócios, uma vez que, como visto anteriormente, o direito internacional considerava legítimo, desde que observadas determinadas condições, o mecanismo da expropriação.

O instrumento mais comum para garantir-se a estabilidade do ambiente regulatório do Estado receptor são as chamadas cláusulas de estabilização. Trata-se basicamente de uma cláusula no contrato celebrado entre o Estado receptor e o investidor a assegurar que o ambiente regulatório do primeiro não passará por mudanças abruptas que possam comprometer o desenvolvimento da atividade econômica pelo segundo. A utilização das cláusulas de estabilização é frequente na prática internacional, sobretudo em projetos ligados à exploração de recursos naturais e a serviços de infraestrutura.

As cláusulas de estabilização foram inicialmente concebidas como “cláusulas de congelamento” (*freezing clauses*), graças às quais as relações jurídicas entre o Estado receptor e o investidor seriam regidas exclusivamente pelo direito vigente à época da formalização do contrato entre ambos. As restrições impostas ao Estado receptor por esse modelo levaram à concepção das “cláusulas de equilíbrio econômico” (*economic equilibrium clauses*), que garantem a viabilidade da operação econômica a partir da compensação dos investidores na hipótese de perdas decorrentes da alteração do ambiente regulatório no Estado receptor. Há, ainda, as chamadas “cláusulas híbridas” (*hybrid clauses*), que combinam

elementos de ambas as anteriores ao desobrigar investidores do cumprimento de determinadas novas leis e garantir indenização em caso de prejuízos econômicos.²¹⁹ A propósito do escopo comum a todas as modalidades de cláusula de estabilização, Sabrina Robert-Cuendet argumenta:

O conjunto dessas cláusulas visa a assegurar a otimização das vantagens garantidas ao investidor estrangeiro. Se a cláusula é eficaz, o co-contratante privado não vê agravarem-se suas obrigações, ainda que a lei torne-se mais rigorosa. Certamente o efeito das cláusulas relativas ao equilíbrio financeiro do contrato podem parecer menos radicais pois o investidor não está desobrigado da lei nova; o contrato é readaptado às novas exigências jurídicas. Entretanto, se o investidor ainda pode negociar o preço da mudança da regulamentação, o custo disso recai sobre o Estado, e não sobre o operador econômico.²²⁰

Os contratos celebrados entre a Administração Pública e os particulares são marcados pela intrínseca desigualdade entre as partes:

²¹⁹ O relatório elaborado pela *International Finance Corporation* em conjunto com o Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas para os Negócios e os Direitos Humanos apresenta detalhada pesquisa a propósito das diferentes modalidades de cláusulas de estabilização, os setores em que são utilizadas mais e menos frequentemente e outros dados estatísticos relevantes. V. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Stabilization clauses and human rights. A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights**, 2009. Disponível <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 2.jun.2014.

²²⁰ ROBERT-CUENDET, 2010, p. 118. Do original: « *L'ensemble de ces clauses vise à assurer l'optimisation des avantages consentis à l'investisseur étranger. Si la clause est efficace, le cocontractant privé ne voit jamais ses obligations s'aggraver, alors même que la loi devient plus rigoureuse. Certes l'effet des clauses relatives à l'équilibre financier du contrat peut paraître moins radical puisque l'investisseur n'échappe pas à la loi nouvelle ; le contrat est adapté aux nouvelles exigences juridiques. Cependant, si l'investisseur peut encore négocier le prix du changement de la réglementation, le coût de celle-ci pèse sur l'Etat et non sur l'opérateur économique.* »

de um lado, o Estado, dotado da prerrogativa soberana de alterar leis e regulamentos; de outro, a entidade privada, sujeita à legislação e à força do primeiro. Nesse sentido, as cláusulas de estabilização são mecanismos que visam precisamente à equalização dessa relação desproporcional entre as partes de um contrato de Estado.²²¹

Mesmo previstas apenas em contratos, as cláusulas de estabilização puderam ser analisadas em diversas arbitragens internacionais de investimentos²²² graças à existência das chamadas “cláusulas guarda-chuva” (*umbrella clauses*).²²³ Esses dispositivos, que encontram fundamento no princípio do *pacta sunt servanda* e constam da grande maioria dos TBIs, estabelecem que as partes devem “observar as obrigações relativas aos investimentos” e, portanto, elevam à condição de ilícito internacional violações a contratos e outros instrumentos jurídicos que disciplinam, no plano doméstico, a relação entre Estado receptor e investidor estrangeiro. Na prática, a concepção das cláusulas guarda-chuva viabilizou o exercício de proteção diplomática em favor de investidores prejudicados com violações contratuais levadas a efeito pelo Estado receptor, o que, todavia, restou,

²²¹ Ibidem, p. 110 : “Essas diferentes técnicas permitem neutralizar a dupla condição do Estado: ele é impedido de utilizar suas prerrogativas soberanas (em particular de modificar a regulamentação aplicável ao contrato) com o objetivo de obter uma vantagem na relação contratual. Qualificar um acordo de contrato de Estado é, portanto, reconhecer que o Estado se compromete a agir em pé de igualdade com o co-contratante privado”. Do original: « *Ces différentes techniques permettent de neutraliser la double qualité de l'État : il est empêché de faire usage de ses prérogative souveraines (en particulier de modifier la réglementation applicable au contrat) dans le but d'obtenir un avantage dans la relation contractuelle. Qualifier un accord de contrat d'Etat c'est donc reconnaître que l'Etat s'est engagé à agir sur un pied d'égalité avec le cocontractant privé* ».

²²² V. *Revere Copper & Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC)*, 56 I.L.R. 257, 1978; *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 53 I.L.R. 389, 1977; *AGIP Company v. People's Republic of the Congo*, 21 I.L.M. 726, Award 30 November 1979.

²²³ Note-se que há casos excepcionais em que, por si só, a quebra do contrato pode ensejar a alegação da violação direta de dispositivos de TBIs ou mesmo do direito costumeiro internacional, hipóteses nas quais a submissão da questão a foros arbitrais internacionais independe da existência de *umbrella clauses* no respectivo tratado.

em alguma medida, prejudicado com o advento da arbitragem investidor-Estado – a exemplo do que ocorreu com o próprio instituto da proteção diplomática.

As cláusulas de estabilização estabelecem obrigações rígidas e, por via de consequência, impõem limites à atuação regulatória dos Estados receptores.²²⁴ Essa rigidez despertou a preocupação da comunidade internacional para eventuais restrições impostas aos Estados receptores quanto à implementação de direitos que possam vir a conflitar com garantias de investidores. Isso porque as cláusulas de estabilização, embora não impeçam o Estado receptor de agir em prol do interesse público, dificultam a alteração do direito interno ao garantir a investidores compensação financeira caso novas leis prejudiquem o exercício regular de sua atividade econômica.²²⁵ Essa preocupação pode ser sintetizada por este trecho do relatório elaborado pela *International Finance Corporation* em conjunto com o Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas para os Negócios e os Direitos Humanos:

De acordo com a visão de defensores dos direitos humanos, cláusulas de estabilização podem tornar investimentos estrangeiros imunes a leis ambientais e sociais que, de boa-fé, entrem em vigor após a formalização do acordo, bem como exigir que o Estado receptor recompense o investidor pelo cumprimento dessas novas

²²⁴ BRILLO, Romulo; GEHNE, Katja. **Stabilization clauses in international investment law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment**. NCCR Working Paper No 2013/46, 2014. p. 7: “Enquanto *standards* gerais de proteção de investimentos continuam vagos e, na maioria dos casos, deixam uma margem de apreciação a verdadeiramente permitir que sejam conciliadas obrigações que se sobrepõem nos planos social, ambiental e de investimentos, cláusulas de estabilização criam um regime jurídico mais rígido para Estados receptores, o qual exige respostas legais específicas e boas práticas quando o assunto é a aplicação do direito internacional”. Do original: “*While general investment protection standards remain relatively broad and will in the majority of cases leave a margin of interpretation that substantially allows for reconciling conflicting overlapping obligations of states in the social, environmental and investment fields, stabilization clauses create a tighter legal regime for host states that demands specific legal answers and good practices when it comes to the effective application of all international law*”.

²²⁵ Idem.

normas. Eles sustentam que a exigência de que Estados receptores suportem os custos da implementação das novas leis é, por definição, equivocada, uma vez que isso significaria negar-se ao Estado seu inerente papel de legislador com poderes diferentes e superiores em relação aos de companhias e, ademais, criaria um problema financeiro para o Estado receptor, ao dificultar ou prejudicar a implementação de *standards* ambientais e sociais durante o funcionamento de um projeto duradouro. Defensores dos direitos humanos sustentam que os efeitos perniciosos de cláusulas de estabilização são potencializados em países em desenvolvimento, onde, ao invés de obstáculos, precisa-se de implementação e desenvolvimento de novas medidas legais.²²⁶

Embora imponham certas limitações à atuação regulatória do Estado receptor e, por consequência, gerem natural desconfiança, as cláusulas de estabilização não se revelam *prima facie* inválidas perante o direito internacional, pois representam compromissos assumidos livremente por entes soberanos.²²⁷ Conforme anotado anteriormente, as

²²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Stabilization clauses and human rights...**, 2009. Do original: “According to the views of human rights advocates, stabilization clauses can either make foreign investments immune from bona fide social and environmental laws that come into force after the effective date of the agreement, or require the host state to compensate the investor for compliance with new social and environmental laws. They argue that this requirement for the host state to pay for compliance is wrong in principle, because it denies the state its proper role as legislator with powers different and greater than companies, and furthermore it creates a financial disincentive for the host state, thus chilling or hindering the application of dynamic social and environmental standards over the life of a long-term project. Human rights advocates claim that the negative effects of stabilization clauses are exacerbated in developing countries, where rapid legislative development and implementation is needed, rather than obstacles to the application of new laws”.

²²⁷ Na mesma direção, v. ROBERT-CUENDET, 2010, p. 113: “A validade dessas cláusulas decorre da simples condição do Estado soberano que se obriga à estabilização. Trata-se de uma promessa unilateral que não depende de aceitação para tornar-se efetiva. Seria contraditório defender que uma cláusula tal decorre da autonomia da vontade das partes quando as jurisdições e a

cláusulas de equilíbrio financeiro são preferíveis às de congelamento pois não desobrigam investidores da observância de novas (e mais restritivas) leis – ou seja, não garantem aos agentes privados, a exemplo das últimas, uma espécie de “direito adquirido absoluto”. Ainda assim, o princípio do *pacta sunt servanda* fundamenta a presunção relativa de validade das cláusulas de estabilização à luz do direito internacional.

Mas a preocupação com a estabilidade do panorama regulatório do Estado receptor não se limita às cláusulas de estabilização. A busca por previsibilidade e segurança para o regular exercício da atividade econômica levou investidores a conceber, a partir do tratamento justo e equitativo, a ideia de “expectativas legítimas” (*legitimate expectations*). Trata-se de um conceito com raízes no direito interno, criado com fundamento em elementos comuns a virtualmente todas as ordens jurídicas – boa-fé, confiança, equidade, direito adquirido, previsibilidade e transparência.²²⁸

doutrina reconhecem unanimemente que ela encontra fundamento no próprio exercício da soberania do Estado”. Do original: « *La validité de ces clauses découle de la seule qualité de l'État souverain qui s'engage à la stabilisation. Il s'agit d'une promesse unilatérale qui n'a pas besoin d'être acceptée pour être effective. Il serait d'ailleurs contradictoire de soutenir qu'une telle clause découle de l'autonomie de la volonté des parties quand les juridictions et la doctrine reconnaissent unanimement qu'elle trouve son fondement dans l'exercice même de la souveraineté de l'État.* »

²²⁸ Sobre o tema, v. o recente caso *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, parágrafo 576 da decisão: “Com amparo em considerações convergentes de boa-fé e segurança jurídica, o conceito de expectativas legítimas é encontrado em diferentes tradições jurídicas, segundo as quais algumas expectativas podem ser legítimas ou razoavelmente criadas em favor de uma entidade privada diante da postura constante e/ou de promessas de seu associado legal, em particular quando esse associado é a administração pública da qual essa entidade privada é dependente. Em particular, no direito alemão, a proteção das expectativas legítimas está ligada ao princípio do *Vertrauensschutz* (proteção da confiança), noção amplamente influenciada pela criação do direito da União Europeia, que aponta para garantias precisas e específicas dadas pela administração. A mesma noção encontra semelhantes em outros países europeus, como a França no conceito de *confiance légitime*. A proteção material (à diferença da procedimental) da expectativa legítima é encontrada também no direito inglês, embora não tivesse sido reconhecida até a última década. Essa proteção é encontrada também em países latino-americanos, incluindo a Argentina, como mencionado pelo caso

A jurisprudência arbitral analisou a problemática das expectativas legítimas em reiteradas ocasiões. Os precedentes utilizam linguagem evasiva e apontam para soluções diversas, muitas vezes incompatíveis entre si. Ainda que os casos não ofereçam elementos para a formulação de um conceito unívoco de expectativas legítimas, é possível sistematizar a orientação da jurisprudência sobre o assunto e, a partir dela, estabelecer premissas gerais a propósito da garantia de estabilidade que emana do tratamento justo e equitativo.

4.1.2. A inconstância da jurisprudência arbitral na busca da identificação do conteúdo das expectativas legítimas

Presente em virtualmente todas as arbitragens de investimentos, o tratamento justo e equitativo é, ao lado da expropriação, o principal elemento do direito internacional dos investimentos. Não seria exagero afirmar que a evolução do conceito de tratamento justo e equitativo confunde-se com o próprio desenvolvimento do direito internacional dos investimentos. Em um exercício hermenêutico ousado, investidores passaram a extrair do tratamento justo e equitativo um direito à estabilidade do ambiente regulatório do Estado receptor – as chamadas “expectativas legítimas”, que foram consideradas pelo tribunal do caso *Saluka v. Czech Republic* como a “dimensão dominante” do aludido

Total v. Argentine Republic, e existe também no direito administrativo venezuelano [...]”. Do original: “Based on converging considerations of good faith and legal security, the concept of legitimate expectations is found in different legal traditions according to which some expectations may be reasonably or legitimately created for a private person by the constant behavior and/or promises of its legal partner, in particular when this partner is the public administration on which this private person is dependent. In particular, in German law, protection of legitimate expectations is connected with the principle of Vertrauensschutz (protection of trust) a notion which deeply influenced the development of European Union Law, pointing to precise and specific assurances given by the administration. The same notion finds equivalents in other European countries such as France in the concept of confiance légitime. The substantive (as opposed to procedural) protection of legitimate expectations is now also to be found in English law, although it was not recognized until the last decade. This protection is also found in Latin American countries, including in Argentina, as stated by the Tribunal in *Total v Argentine Republic*, and exists equally in Venezuelan administrative law [...]”.

standard.²²⁹ A partir de então, como pondera Michele Potestà, tornou-se difícil “encontrar algum caso em que o conceito de ‘expectativas legítimas’ não tenha sido invocado pelo acionante e, ao menos até certo ponto, acolhido pelo tribunal arbitral”.²³⁰

O caso *Tecmed vs. Mexico*²³¹ foi o primeiro caso a lançar luzes sobre o conceito de expectativas legítimas como consectário do tratamento justo e equitativo. A controvérsia, submetida a um tribunal ICSID, envolvia uma decisão, por parte do governo mexicano, de não renovar a licença de funcionamento da empresa Tecmed, que operava uma planta de lixo contaminado em uma região urbana próxima à cidade mexicana de Hermosillo. A renovação da licença foi indeferida com os seguintes fundamentos: i) a empresa podia depositar no aterro apenas materiais contaminados por pesticidas ou agroquímicos; ii) o limite de armazenamento de rejeitos havia sido excedido; iii) o aterro armazenou temporariamente lixo tóxico, funcionando como centro de transferência de rejeitos, sem, todavia, dispor de autorização para tal; iv) rejeitos infecciosos foram armazenados no depósito, o que violou a obrigação de notificação prévia na hipótese de realização de atividades não previstas na licença.

À luz do tratado bilateral celebrado entre o México e a Espanha, a empresa sustentou que a não renovação da autorização de funcionamento, motivada pelas preocupações ambientais mencionadas acima, teria frustrado suas expectativas legítimas quanto à longa duração do projeto – a qual teria sido garantida pelo governo mexicano –, bem como violado as cláusulas da nação mais favorecida, da proteção integral do investimento e do tratamento justo e equitativo. O tribunal identificou violação ao tratamento justo e equitativo a partir da frustração das expectativas legítimas da empresa em decorrência da negativa da renovação da aludida licença:

²²⁹ *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic*. UNCITRAL Rules (Czech Republic–Netherlands BIT), Partial Award, 17 March 2006. Parágrafo 302 da decisão.

²³⁰ POTEStA, Michele. **Expectations in investment treaty law: understanding the roots and the limits of a controversial concept**. Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference, 2012.

²³¹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2).

O tribunal arbitral considera que esse dispositivo do Tratado, à luz do princípio da boa-fé estabelecido no direito internacional, exige que as partes contratantes dispensem a investimentos estrangeiros tratamento que não afete as expectativas básicas que foram levadas em consideração pelo investidor quando da realização do investimento. O investidor estrangeiro espera que o Estado receptor aja de maneira coerente, livre de ambiguidade e totalmente transparente em suas relações com o primeiro, de modo a fazê-lo de antemão sabedor de todas e quaisquer normas e regulações que regerão seus investimentos, bem como dos objetivos das políticas públicas e das diretivas ou práticas administrativas relevantes, a fim de que lhe seja possível planejar seu investimento e obedecer a tais regulações.²³²

A definição de expectativas legítimas fornecida pelo caso *Tecmed v. Mexico* é alvo de críticas por ter promovido uma interpretação extensiva, lastreada no princípio da boa-fé, do direito à estabilidade no ambiente regulatório do Estado receptor²³³, bem como por ter ignorado

²³² Parágrafo 154 da decisão. Do original: “*The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations*”.

²³³ POTESTA, 2012, p. 5: “O tribunal não citou qualquer fundamento a amparar a inclusão da proteção de ‘expectativas básicas’ no padrão do tratamento justo e equitativo. A referência do tribunal à boa-fé dificilmente serve a esse propósito. Apesar de ser ‘um dos princípios básicos a reger a criação e a implementação de obrigações legais’, a boa-fé, por si só, não fornece uma fonte de obrigação e, mais importante, não é suficiente para explicar por que um *standard* como o tratamento justo e equitativo deve abranger o sub-elemento do dever de proteger as expectativas legítimas, ao menos não sem maiores elaborações”. Do original: “[T]he tribunal cited no authority which would support the inclusion of

que “investidores devem legitimamente esperar que regulamentações mudem com o passar do tempo, consequência do funcionamento regular dos processos legais e políticos da economia em que operam”.²³⁴ Ademais, o *obiter dictum* descola-se da realidade ao exigir níveis de transparência e previsibilidade incompatíveis com as atividades de qualquer Estado.²³⁵

O tribunal do primeiro caso *Occidental v. Ecuador*²³⁶ seguiu a orientação extensiva e pró-investidor adotada no caso *Tecmed v. Mexico*. A companhia norte-americana *Occidental* celebrou contrato de participação com uma empresa estatal equatoriana para explorar a produção de petróleo no país latino-americano e obteve, junto às autoridades fiscais locais, o direito à restituição periódica da Taxa de Valor Agregado (*Value-Added Tax*) paga por ocasião da formalização do acordo. Entretanto, depois de concretizado o investimento, as autoridades fiscais equatorianas passaram a considerar que o aludido reembolso já havia sido contabilizado na fórmula da participação da empresa investidora na companhia local e, ato contínuo, suspenderam as

protection of ‘basic expectations’ in the fair and equitable treatment standard. The tribunal’s reference to good faith can hardly serve that purpose. Despite being ‘one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations’, good faith may not provide a source of obligation in itself, and more importantly does not suffice to explain why a treaty standard such as fair and equitable treatment should be read as encompassing the particular sub-element of the duty to protect legitimate expectations, at least not without further elaboration”.

²³⁴ UNCTAD. **Fair and Equitable Treatment**. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, p. 67. Do original: “[...] investors should legitimately expect regulations to change over time as an aspect of the normal operation of legal and policy processes of the economy they operate in”.

²³⁵ Na mesma direção, v. DOUGLAS, Zachary. **Nothing if not critical for investment treaty arbitration: Occidental, Eureko and Methanex**. Arbitration International, vol. 22, n. 1, 2006, pp. 27-28: “[...] [é] antes uma descrição de regulação pública perfeita em um mundo perfeito, à qual todos os Estados aspiram, mas que poucos (se houver) algum dia alcançarão”. Do original: “[...] [it is] rather a description of perfect public regulation in a perfect world, to which all states aspire but very few (if any) will ever attain”.

²³⁶ *Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador*. London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467. Final Award 1 July 2004.

novas restituições, além de determinar a devolução dos valores ressarcidos até então. Para além de ajuizarem ações na Justiça equatoriana, os investidores deflagraram procedimento arbitral internacional sob a alegação de que essa nova interpretação da legislação tributária teria ferido suas expectativas legítimas quanto à estabilidade regulatória no Estado receptor e, por consequência, violado o dever de tratamento justo e equitativo por parte do Equador. O tribunal, valendo-se do preâmbulo do TBI celebrado entre Estados Unidos e Equador, que preconizava o “desejo de manter-se um ambiente estável para investimentos”, deu guarida à tese dos investidores e reconheceu a afronta ao tratamento justo e equitativo:

O Tribunal é da opinião de que, no presente caso, o *standard* do tratado não é diferente daquele exigido no direito internacional com relação tanto à estabilidade quanto à previsibilidade do ambiente legal e de negócios do investimento. Nesse sentido, o *standard* do tratado pode ser igualado àquele do direito internacional, como se extrai dos fundamentos de vários tribunais citados acima. É bastante evidente, também, que o tratamento dispensado pelo demandado em relação ao investimento não observa esse *standard* [...] O tribunal conclui que, como citado acima, OEPC conduziu seus investimentos, inclusive sua participação nos gasodutos, em um ambiente legal e de negócios que era certo e previsível. Esse ambiente foi alterado como uma questão de políticas públicas e de interpretação legal, resultando, assim, na violação ao tratamento justo e equitativo.²³⁷

²³⁷ Parágrafos 190 e 196 da decisão. Do original: “*The Tribunal is of the opinion that in the instant case the Treaty standard is not different from that required under international law concerning both the stability and predictability of the legal and business framework of the investment. To this extent the Treaty standard can be equated with that under international law as evidenced by the opinions of the various tribunals cited above. It is also quite evident that the Respondent's treatment of the investment falls below such standards. [...] The Tribunal concludes on this matter that, as stated above, OEPC undertook its investments, including its participation in the pipeline arrangements, in a legal and business environment that was certain and predictable. This environment*

A problemática da estabilidade do panorama regulatório do Estado receptor em confronto com expectativas legítimas de investidores foi enfrentada também em controvérsias oriundas da grave crise argentina do início dos anos 2000. Os tribunais dos casos *CMS v. Argentina*²³⁸, *Enron v. Argentina*²³⁹ e *LG&E v. Argentina*²⁴⁰ reiteraram,

was changed as a matter of policy and legal interpretation, thus resulting in the breach of fair and equitable treatment”.

²³⁸ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID, Case No. ARB/01/8. Parágrafos 274 e 276 da decisão: Do original: “O preâmbulo do tratado deixa claro, entretanto, que um objetivo principal da proteção nele por ele garantida é que ‘o tratamento justo e equitativo é desejável para manter um panorama estável para investimentos e para o máximo aproveitamento dos recursos econômicos’. Não pode haver dúvidas, portanto, que um ambiente legal e de negócios estável é um elemento essencial do tratamento justo e equitativo. [...] Para além dos termos específicos do tratado, o número significativo de tratados, bi e multilaterais, que lidaram com esse *standard* também revela que o tratamento justo e equitativo é inseparável da estabilidade e da previsibilidade. Muitas decisões arbitrais e doutrinas acadêmicas apontam na mesma direção”. Do original: “*The Treaty Preamble makes it clear, however, that one principal objective of the protection envisaged is that fair and equitable treatment is desirable ‘to maintain a stable framework for investments and maximum effective use of economic resources’.* There can be no doubt, therefore, that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment. [...] In addition to the specific terms of the Treaty, the significant number of treaties, both bilateral and multilateral, that have dealt with this standard also unequivocally shows that fair and equitable treatment is inseparable from stability and predictability. Many arbitral decisions and scholarly writings point in the same direction”.

²³⁹ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3. Parágrafo 260 da decisão: “[...] o tribunal conclui que um elemento central do tratamento justo e equitativo é o requisito de um ‘panorama estável para o investimento’, referido por diversas decisões”. Do original: “[...] *the Tribunal concludes that a key element of fair and equitable treatment is the requirement of a ‘stable framework for the investment’, which has been prescribed by a number of decisions.*””. Note-se que a decisão posterior que anulou o julgado considerou válida a conclusão do tribunal quanto ao trecho acima transcrito.

²⁴⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1. Parágrafo 131 da decisão: “[...] este tribunal, tendo considerado, como antes afirmado, as fontes de direito internacional, entende que o *standard* do tratamento justo e equitativo consiste

com fundamento no tratamento justo e equitativo, a tese de que investidores estrangeiros desfrutam de expectativas quanto à estabilidade do panorama regulatório do Estado receptor. Cumpre salientar que o contexto fático a envolver os casos argentinos, deflagrados em decorrência de uma grave crise político-institucional que afetou frontalmente a economia do país, é bastante particular e repercutiu diretamente na ideia de “estabilidade” adotada por esses tribunais. De igual modo, o caso *PSEG v. Turkey* também adotou um conceito extensivo de “estabilidade” ao identificar, a partir da mudança constante da legislação no Estado receptor, um “efeito montanha-russa” a prejudicar investimentos estrangeiros.

No caso *Thunderbird v. Mexico*, o árbitro Thomas Wälde abordou detalhadamente em seu voto dissidente a problemática das expectativas legítimas de investidores à luz do artigo 1105 do NAFTA – que prevê o tratamento justo e equitativo. Para Wälde, riscos que emanam da relação direta Estado receptor e investidor estrangeiro devem recair sobre o primeiro:

O direito internacional dos investimentos destina-se a promover o investimento estrangeiro ao fornecer proteção efetiva a investidores expostos a riscos políticos e regulatórios de um país estrangeiro em situação de relativa fragilidade. Os mais importantes princípios subjacentes ao NAFTA (preâmbulo, art. 102), tal como construídos na mais recente e autorizada jurisprudência de tribunais arbitrais, exigem que, em caso de dúvida, o risco de ambiguidade de uma garantia governamental recaia sobre o governo, e não sobre o investidor estrangeiro, e o governo está vinculado a altos padrões de transparência e responsabilidade pela clareza e

na conduta coerente e transparente do Estado receptor, livre de ambiguidades que envolvam a obrigação de garantir e manter um panorama legal necessário para atender às justificadas expectativas do investidor estrangeiro”. Do original: “[...] *this Tribunal, having considered, as previously stated, the sources of international law, understands that the fair and equitable standard consists of the host State’s consistent and transparent behavior, free of ambiguity that involves the obligation to grant and maintain a stable and predictable legal framework necessary to fulfill the justified expectations of the foreign investor*”.

coerência em suas relações com investidores estrangeiros.²⁴¹

Os casos acima discutidos adotaram claramente uma orientação pró-investidor na identificação das expectativas legítimas. Essa abordagem, fundada em uma interpretação elástica do alcance do tratamento justo e equitativo, revela-se injustificável na medida em que ignora os riscos inerentes à atividade econômica internacional e “potencialmente impede o Estado receptor de introduzir qualquer mudança regulatória legítima”²⁴², sob pena de imediata violação do tratamento justo e equitativo. Aliás, por tratar-se de uma expressão semanticamente aberta, o conceito de expectativas legítimas está vulnerável à atuação de árbitros ativistas, que podem impor suas próprias visões e considerações políticas ao analisar elementos como propriedade e autonomia individual²⁴³, o que contribui para a crise de legitimidade do regime de investimentos.

De modo a evitar a expansão indiscriminada do alcance das expectativas legítimas de investidores estrangeiros, tribunais arbitrais passaram a enfrentar a questão a partir de um ponto de vista menos abrangente. No caso *Parkerings v. Lithuania*, que envolveu a revogação de um acordo entabulado entre uma empresa norueguesa e a Administração municipal de Vilnius, capital do país, para a construção de um moderno sistema de estacionamento na cidade, o tribunal analisou a natureza das expectativas dos investidores e definiu parâmetros para que estas fossem consideradas “legítimas”:

²⁴¹ *International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico*, Separate Opinion by Thomas Wälde of 26 January 2006 (UNCITRAL). Parágrafo 4 do voto. Do original: “*International investment law is aimed at promoting foreign investment by providing effective protection to foreign investors exposed to the political and regulatory risk of a foreign country in a situation of relative weakness. The main principles underlying the NAFTA (preamble, Art. 102) as developed in the most recent and authoritative jurisprudence by arbitral tribunals require that in case of doubt, the risk of ambiguity of a governmental assurance is allocated rather to the government than to a foreign investor and that the government is held to high standards of transparency and responsibility for the clarity and consistency in its interaction with foreign investors*”.

²⁴² UNCTAD, **Fair and equitable treatment**, 2012, p. 67. Do original: “*This approach is unjustified, as it would potentially prevent the host State from introducing any legitimate regulatory change [...]*”.

²⁴³ MONTT, 2012, p. 223.

A expectativa é legítima se o investidor recebeu uma explícita promessa ou garantia por parte do Estado receptor ou se, implicitamente, o Estado receptor formulou garantias ou representações que o investidor levou em consideração quando da formalização do investimento. Por fim, nas hipóteses em que o Estado receptor não formulou qualquer garantia ou representação, as circunstâncias envolvendo a conclusão de um acordo são decisivas para determinar-se se a expectativa do investidor era legítima [...] Salvo pela existência de um acordo na forma de uma cláusula de estabilização ou similar, não há objeções quanto à emenda trazida ao panorama regulatório existente ao tempo em que o investidor formalizou o investimento. A rigor, qualquer negociante ou investidor sabe que as leis evoluirão com o passar do tempo. O que é proibido, entretanto, é o agir desleal, irrazoável ou injusto do Estado no exercício de seu poder legislativo.²⁴⁴

O tribunal reconheceu que, “em princípio”, investidores estrangeiros dispõem “de direito a certa estabilidade e previsibilidade no ambiente regulatório do investimento”.²⁴⁵ A utilização da expressão “certa estabilidade” revela a oposição do tribunal à concepção

²⁴⁴ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8. Parágrafos 331 e 332 da decisão. Do original: “*The expectation is legitimate if the investor received an explicit promise or guaranty from the host-State, or if implicitly, the host-State made assurances or representation that the investor took into account in making the investment. Finally, in the situation where the host-State made no assurance or representation, the circumstances surrounding the conclusion of the agreement are decisive to determine if the expectation of the investor was legitimate. [...] Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power.*”

²⁴⁵ Idem, parágrafo 333. Do original: “*In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment.*”

abrangente adotada nos casos *Tecmed v. Mexico* e *Occidental v. Ecuador*. Ademais, os árbitros atrelaram o direito às expectativas legítimas ao exercício de “diligência prévia” (*due diligence*) por parte do investidor, que “deve antever que as circunstâncias podem mudar e, portanto, estruturar seu investimento de modo a adaptá-lo às potenciais alterações do ambiente regulatório”.²⁴⁶

Na mesma direção, o tribunal do caso *Duke Energy v. Ecuador* estabeleceu que as expectativas dos investidores devem ser “legítimas e razoáveis ao tempo da formalização do investimento”, condição que há de ser aferida “levando-se em consideração todas as circunstâncias, incluindo-se não apenas os fatos a envolver o investimento, mas também os contextos históricos, políticos, socioeconômicos e culturais predominantes no Estado receptor”.²⁴⁷ Essas expectativas, segundo o tribunal, “devem originar-se das condições oferecidas pelo Estado receptor ao investidor, e este deve tê-las usado como fundamento na decisão de investir”.²⁴⁸

Depreende-se da análise dos casos acima referidos que a jurisprudência arbitral é inconstante no que diz respeito ao conceito de expectativas legítimas. Parte dessa inconstância deve-se à abertura semântica do conceito, que permite interpretações as mais diversas possíveis. Some-se a isso a estrutura descentralizada da arbitragem de investimentos, que autoriza a análise de um mesmo *standard* à luz de

²⁴⁶ Ibidem. Do original: “*In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment. The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment*”.

²⁴⁷ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19. Parágrafo 340 da decisão. Do original: “*To be protected, the investor’s expectations must be legitimate and reasonable at the time when the investor makes the investment. The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State*”.

²⁴⁸ Idem. Parágrafo 340 da decisão. Do original: “*[S]uch expectations must arise from the conditions that the State offered the investor and the latter must have relied upon them when deciding to invest*”.

uma miríade de tratados e diferentes circunstâncias fáticas. Ainda assim, muito embora os contornos mais detalhados do conceito devam ser delineados caso a caso²⁴⁹, os precedentes fornecem diretrizes básicas nesse sentido.

Inicialmente, expectativas legítimas não podem lastrear-se em violações à legislação do Estado receptor. Em outras palavras, a promessa de estabilidade do ambiente regulatório em que é realizado o investimento não pode ser *contra legem*, sob pena de permitir-se que agentes públicos subvertam a legislação local e, na prática, desobriguem investidores estrangeiros da observância das leis. Na precisa observação de Santiago Montt, o descumprimento dessa regra fundamental “faria inevitavelmente do direito internacional dos investimentos uma ameaça ao Estado de Direito, contribuindo para estabelecer-se uma cultura de corrupção no mundo em desenvolvimento”.²⁵⁰

Ademais, são legítimas apenas as expectativas provenientes de compromissos específicos assumidos pelo Estado receptor em relação ao investimento. Esses compromissos, na esteira da conclusão do tribunal em *Duke Energy v. Ecuador*²⁵¹, devem ter sido utilizados pelo investidor em sua decisão de investir naquele determinado país. Anote-se que há casos em que se reconheceu a existência de expectativas legítimas amparadas apenas na legislação local – desacompanhadas, portanto, de compromissos específicos.²⁵² Entretanto, essa orientação foi

²⁴⁹ Nesse sentido, v. KLÄGER, 2012, p. 168: “Se o *pacta sunt servanda* é considerado um princípio do tratamento justo e equitativo, ou parte de um, isso significa que ele não deve ser aplicado no ‘tudo ou nada’, mas há de sujeitar-se a uma gradação com base em seu papel específico em um caso em particular”. Do original: “*If pacta sunt servanda is deemed itself to be a principle of fair and equitable treatment, or part of one, this means that it is not applicable in an all-or-nothing fashion, but may be subject to qualification dependent on its specific weight in a particular case*”.

²⁵⁰ MONTT, 2012, p. 364. Do original: “*By altering this basic rule, international investment law would inevitably erode the rule of law and help to establish a culture of corruption in the developing world*”.

²⁵¹ Cf. nota 247.

²⁵² Nesse sentido, v. os já citados *Enron v. Argentina*, parágrafo 265 da decisão: “O tribunal observa que a Enron optou por investir na TGS por acreditar nas condições estabelecidas pelo país demandado quanto ao panorama regulatório do setor de gás”. Do original: “*The Tribunal observes that it was in reliance upon the conditions established by the Respondent in the regulatory framework*

rechaçada por outros laudos arbitrais²⁵³ por limitar a soberania do Estado receptor e prejudicar seus processos políticos, vez que indevidamente impõe obstáculos à alteração da legislação local.²⁵⁴

for the gas sector that Enron embarked on its investment in TGS. Given the scope of Argentina's privatization process, its international marketing, and the statutory enshrinement of the tariff regime, Enron had reasonable grounds to rely on such conditions"; e LG&E v. Argentina, parágrafo 131 (cf. nota 240).

²⁵³ *Metalpar S.A. and Buenos Aires S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5. Parágrafo 186 da decisão: "Neste caso em específico, não havia oferta, permissão, licença ou contrato de qualquer natureza entre a Argentina e os reclamantes, e o tribunal considera que estes não dispunham de expectativas legítimas que pudessem ter sido violadas pela Argentina". Do original: "*In this specific case, there was no bid, license, permit or contract of any kind between Argentina and Claimants, and the Tribunal considers that there were no legitimate expectations entertained by Claimants that were breached by Argentina*"; *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration Case No. UN3481, UNCITRAL. Parágrafo n. 173 da decisão: "Na ausência de um compromisso específico por parte do Estado receptor, o investidor estrangeiro não tem direito nem qualquer expectativa legítima quanto à não alteração do regime tributário, que talvez o prejudique, durante o período do investimento". Do original: "*In the absence of a specific commitment from the host State, the foreign investor has neither the right nor any legitimate expectation that the tax regime will not change, perhaps to its disadvantage, during the period of the investment.*"; *Saluka v. Czech Republic*, parágrafo 305 da decisão: "Nenhum investidor pode razoavelmente esperar que as circunstâncias presentes ao tempo da formalização do investimento permaneçam totalmente inalteradas. De modo a determinar se eventual frustração às expectativas do investidor estrangeiro foi justificada e razoável, o direito legítimo do Estado receptor de regular seus assuntos domésticos para contemplar o interesse público deve também ser levado em consideração". Do original: "*No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well*".

²⁵⁴ SCHILL, Stephen. **Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law**. IILJ Working Paper 2006/6, Global Administrative Law Series 5, 2006, pp. 17 e 26. Disponível em <http://iilj.org/publications/documents/2006-6-GAL-Schill-web.pdf>. Acesso em 7.set.2014: "O conceito provoca, entretanto, o perigo de que ordens jurídicas

O dever, por parte do investidor, de conhecer o ambiente do Estado receptor também tem papel de relevância na formação de suas expectativas legítimas. A análise deve ser abrangente e compreender não apenas a legislação local, mas também características políticas, sociais, culturais e econômicas que possam vir a impactar na atividade desenvolvida pelo investidor estrangeiro. Esse dever está associado ao risco da empreitada, o qual, por sua vez, tende a ser diretamente proporcional às expectativas de retorno financeiro.

O papel da *due diligence* na formação das expectativas legítimas foi objeto de análise da jurisprudência arbitral. No caso *MTD v. Chile*²⁵⁵, o tribunal reconheceu a ocorrência de violação ao tratamento justo e equitativo, mas reduziu pela metade o valor da indenização por considerar que a companhia investidora concorreu para o ato reputado expropriatório – o indeferimento de uma licença de construção de um empreendimento imobiliário no distrito de Pirque, nos arredores de Santiago – ao deixar de analisar acuradamente a legislação local. Na mesma direção, o tribunal do caso *Genin v. Estonia* rejeitou o pedido de indenização ao considerar que os investidores agiram “de maneira não

domésticas e as ações de Estados receptores sejam analisadas exclusivamente à luz das expectativas de investidores estrangeiros. Embora a legitimidade das expectativas de investidores já limite o escopo do conceito, este não deve ser encarado como um parâmetro absoluto e inflexível. Ao invés, os tribunais devem permitir um certo grau de flexibilidade para que Estados receptores possam reagir, por exemplo (mas não exclusivamente), a situações de emergência [...] Quando um investidor estrangeiro confia apenas no panorama jurídico geral, sem qualquer compromisso específico ou intenção do Estado receptor de atrair investidores estrangeiros, o conceito de expectativas legítimas há de ter apenas um âmbito mais marginal de atuação”. Do original: “*The concept entails, however, the danger that domestic legal orders and the actions of host states are exclusively measured against the expectations of foreign investors. Although the legitimacy of the investor’s expectations already limits the scope of the concept, it should not be handled as an inflexible and absolute yardstick. Instead, tribunals should allow for a certain flexibility for host states to react, for example but not exclusively, to emergency situations. [...] Where a foreign investor merely relies on the general legal framework without any specific commitments or intention on behalf of the host state to attract foreign investors, the concept of legitimate expectations may only have a more marginal scope of application*”.

²⁵⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7.

profissional e negligente” na condução das negociações que levaram ao investimento.²⁵⁶

Por fim, a crise do regime de investimentos, examinada no capítulo anterior, impõe que as expectativas legítimas de investidores estrangeiros sejam equilibradas com o interesse público do Estado receptor. A prevalecerem interpretações elásticas quanto às expectativas legítimas e ao tratamento justo e equitativo, o regime de investimentos terá falhado na busca pelo equilíbrio possível entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e, por via de consequência, estará fadado ao fracasso.²⁵⁷

A necessidade de incluírem-se considerações de interesse público na identificação das expectativas legítimas de investidores foi reconhecida em diversos laudos arbitrais. No caso *SD Myers v. Canada*, que será analisado mais à frente²⁵⁸, o tribunal concluiu que eventual violação ao tratamento justo e equitativo (artigo 1105 do NAFTA) deve ser aferida “à luz do alto grau de deferência que o direito internacional rende à prerrogativa de autoridades domésticas de regular os acontecimentos no interior de suas fronteiras”.²⁵⁹ De igual maneira, o

²⁵⁶ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2. Parágrafo 363 da decisão.

²⁵⁷ MONTT, 2012, p. 359: “As expectativas legítimas, se não definidas, podem ser um dos mais perigosos fatores a fazer pender impropriamente a balança da geração dos TBIs em favor de investidores estrangeiros. Isso é particularmente verdadeiro porque expectativas legítimas protegem não apenas direitos de propriedade, mas também interesses que desfrutam de um *status* inferior. Portanto, a combinação do já expansivo conceito de “investimento” com o de expectativas legítimas pode acabar por produzir um compromisso com o *status quo* que vai além de qualquer “expectativa” que países em desenvolvimento pudessem ter ao concluir TBIs”. Do original: “*Legitimate expectations, if unqualified, can be one of the most dangerous factors weighting the net effects of the BIT generation improperly toward foreign investors. This is especially true because legitimate expectations protect not only property rights but also interests possessing a lesser status. So, the combination of the already expansive concept of ‘investment’ with that of legitimate expectations may end up producing a commitment to the status quo that go beyond any ‘expectation’ that developing countries could have held at the time of concluding BITs*”.

²⁵⁸ V. nota 341.

²⁵⁹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL. Partial award. Parágrafo 263 da decisão. Do original: “*That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends*

tribunal do caso *Continental Casualty v. Argentina* também estabeleceu o interesse público da medida questionada como um dos parâmetros para a aferição das expectativas legítimas:

De modo a avaliar a relevância daquele conceito [*expectativas legítimas*] dentro do tratamento justo e equitativo e quando terá ocorrido uma violação, são fatores relevantes: [...] a importância para o investimento protegido e o impacto das mudanças sobre a operação do negócio estrangeiro em geral, incluindo sua lucratividade, também são relevantes: boa-fé, não discriminação (caráter genérico das medidas questionadas à luz do *standard*), relevância do interesse público perseguido pelo Estado e medidas correlatas destinadas a reduzir esse impacto negativo também hão de ser consideradas na análise da equidade.²⁶⁰

Em princípio, a ideia de estabilidade, seja decorrente de compromissos contratuais (cláusulas de estabilização) ou do tratamento justo e equitativo, contrasta com a dinâmica da atividade regulatória estatal, vez que a manutenção integral do ambiente normativo em que foi formalizado o investimento é improvável, para não dizer impossível. De outro lado, a considerar que os riscos de uma operação econômica tendem a ser diretamente proporcionais à sua rentabilidade, empresas que investem no estrangeiro buscam mercados sensíveis²⁶¹, os quais, por

to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders”.

²⁶⁰ *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9. Parágrafo 261 da decisão. Do original: “*In order to evaluate the relevance of that concept applied within Fair and Equitable Treatment standard and whether a breach has occurred, relevant factors include: [...] centrality to the protected investment and impact of the changes on the operation of the foreign owned business in general including its profitability is also relevant; - good faith, absence of discrimination (generality of the measures challenged under the standard), relevance of the public interest pursued by the State, accompanying measures aimed at reducing the negative impact are also to be considered in order to ascertain fairness”.*

²⁶¹ Simples análise dos casos resolvidos e pendentes no ICSID revela que setores como mineração, fornecimento de energia, manejo de resíduos, bancos e serviços de telecomunicação são exemplos de atividades exploradas por

sua vez, costumam estar submetidos a múltiplas regulações no plano doméstico.

Como visto no capítulo anterior, a área ambiental desponta como uma das mais afetadas pelo regime internacional de proteção de investimentos estrangeiros – e, na esteira da evolução do movimento ambientalista em todo o mundo, vice-versa. Em particular, a garantia de estabilidade defendida por investidores a partir da noção de expectativas legítimas tende a chocar-se com a imperativa necessidade de adotarem-se, no plano doméstico, medidas preventivas destinadas a reduzir o impacto da ação antrópica sobre o meio ambiente. O estágio de colapso ecológico em que se encontra a sociedade global exige dos governos de todo o mundo atuação permanente no sentido de dirimir riscos de novos danos ambientais, circunstância que faz do princípio da precaução um elemento central do metaprincípio do desenvolvimento sustentável e do direito ambiental moderno.

4.1.3 Elementos para a aplicação legítima do princípio da precaução como fundamento para medidas que afetem investidores

“Precaução ambiental é necessariamente modificação do modo de desenvolvimento da atividade econômica”. A reveladora afirmação de Cristiane Derani é representativa da importância do princípio da precaução como um dos eixos estruturantes da ligação indissociável entre economia e ecologia.²⁶² A necessidade de adequar-se a proteção ambiental à dinâmica acelerada da produção econômica globalizada exige das autoridades públicas soluções preventivas e eficazes. Por outro lado, a adoção de medidas restritivas pressupõe a existência de fundamentos técnicos ou empíricos, ainda que incipientes, a ampará-las.

companhias estrangeiras.

²⁶² REHBINDER, Eckard. **Precaution and sustainability: two sides of the same coin?** In DERANI, Cristiane (Org.). **Transgênicos no Brasil e biossegurança**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 2005, p. 19. Do original: *“The experience of mankind shows that one has always tended to be over-optimistic about the ability of a political society to achieve a sufficient degree of conservation and protection. Scientific uncertainties as well as economic and social considerations have frequently been arguments against a vigorous environmental policy. The precautionary principle is an attempt to build into environmental policy – and in parallel into environmental law – a safety factor that is designed to ensure an adequate degree of conservation and protection”*.

Ao servir de fundamento normativo para a adoção de medidas restritivas em situações de ausência de certeza científica, o princípio da precaução, na feliz expressão de Alberto Alemanno, “encarna a desconfortável coexistência de duas almas”.²⁶³

Um dos elementos fundantes do direito ambiental moderno²⁶⁴, o princípio da precaução orienta a “busca do afastamento, no tempo e no espaço, do perigo; na busca também da proteção contra o próprio risco e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades”.²⁶⁵ É preciso assinalar, entretanto, que a aplicação do princípio da precaução, afirma Cristiane Derani, há de anteceder a análise do risco do empreendimento, alcançando a formulação de questionamentos acerca da própria razão de existir de determinada atividade econômica.²⁶⁶ Concebê-lo apenas como mecanismo de gerenciamento de risco reduz-lhe indevidamente o alcance.

Por tratar-se de um princípio altamente complexo, com múltiplos desdobramentos e imbricações com outras normas de direito ambiental, a busca de um conceito unívoco para a precaução fatalmente estaria fadada ao fracasso. A fim de compreendê-lo em toda sua riqueza, Daniel Bodanski sugere a existência de três dimensões básicas contempladas pelo princípio da precaução: i) um fundamento para não adiar-se a atuação graças à incerteza científica; ii) uma autorização para atuar; iii) um dever de atuar positivamente.

²⁶³ ALEMANNO, Alberto. **Risk vs. hazard and the two souls of EU risk regulation: a reply to Ragnar Löfstedt**. European Journal of Risk Regulation, vol. 2, 2011, pp. 169–171. Do original: “[...] by allowing restrictive regulatory action in situations of documented scientific uncertainty, the precautionary principle embodies the uneasy coexistence between the two souls”.

²⁶⁴ Na pertinente e jocosa colocação de Daniel Bodanski, “se o direito ambiental internacional criasse seus Dez Mandamentos, o princípio da precaução estaria perto do topo da lista. A exemplo da proibição de matar e roubar, o princípio da precaução é dificilmente questionável”. In BODANSKI, Daniel. **Deconstructing the precautionary principle**. In CARON, D.; SCHEIBER, H.N. (eds.). **Bringing New Oceans Waters**. Leiden: 2004, p. 381. Do original: “If international environmental law were to develop Ten Commandments, the precautionary principle would be near the top of the list. Like the proscriptions against killing and theft, the precautionary principle is difficult to argue with”.

²⁶⁵ DERANI, 2009, p. 151.

²⁶⁶ Idem, p. 152.

A primeira, a mais comum formulação do princípio da precaução, foi adotada em diversos instrumentos internacionais, como a Declaração do Rio, cujo artigo 15, segunda parte, é do seguinte teor: “Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.²⁶⁷ Essa construção, que evoca uma tripla negação, não impõe qualquer dever aos Estados quanto à adoção de medidas preventivas; ao invés, apenas os impede de adiá-las sob o pretexto de não haver provas científicas conclusivas a propósito dos malefícios de uma determinada atividade.

A segunda está intimamente ligada à dimensão econômica do princípio da precaução, o qual pode servir como fundamento para a adoção legítima de medidas comerciais restritivas. O Acordo sobre Medidas Fitossanitárias da Organização Mundial do Comércio, embora não mencione expressamente o princípio da precaução, autoriza a adoção de medidas sanitárias provisórias na hipótese de risco iminente e ausência de certeza científica.²⁶⁸ Inspirado no princípio da precaução, o dispositivo permite a restrição de uma determinada atividade comercial sem carregar a pecha de protecionista. No âmbito dos investimentos, como visto no capítulo anterior, a crescente inclusão de linguagem ambiental em TBIs tende a favorecer, em um futuro próximo, a análise de *standards* de investimento à luz de considerações ambientais, o que certamente ensejará, a exemplo do que ocorre em âmbito comercial, a

²⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio...** Artigo 15: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

²⁶⁸ Artigo 5.7 do Acordo sobre Medidas Fitossanitárias da Organização Mundial do Comércio: “Nos casos em que a evidência científica for insuficiente, um Membro pode provisoriamente adotar medidas sanitárias ou fitossanitárias com base em informação pertinente que esteja disponível, incluindo-se informação oriunda de organizações internacionais relevantes, assim como de medidas sanitárias ou fitossanitárias aplicadas por outros Membros. Em tais circunstâncias, os membros buscarão obter a informação adicional necessária para uma avaliação mais objetiva de risco e revisarão, em consequência, a medida sanitária ou fitossanitária em um prazo razoável”.

utilização do princípio da precaução como fundamento normativo de medidas que possam vir a prejudicar investidores estrangeiros.

O terceiro dos desdobramentos sugeridos por Bodanski confunde-se com o princípio da prevenção na medida em que impõe ao Estado a obrigação de agir diante de um perigo iminente e conhecido. O próprio exemplo utilizado pelo autor, a Convenção do Mar Báltico (1992), também conhecida como Convenção de Helsínki, confirma essa observação: nos termos do artigo 3.2 da Convenção, as partes devem “aplicar o princípio da precaução, ou seja, adotar medidas preventivas quando houver motivos para concluir-se que substâncias [...] introduzidas no ambiente marinho possam causar perigo à saúde humana [e] prejudicar [...] os ecossistemas marinhos”.²⁶⁹ Embora a Convenção tenha utilizado a expressão “*precautionary principle*”, os termos do dispositivo revelam, ao condicionar as mencionadas medidas à existência de elementos a sugerir a existência de ameaças à vida humana e marinha, que se aplica aqui o princípio da prevenção.²⁷⁰

Em certa medida, o princípio da precaução é um exercício de prognose; trata-se de estabelecer uma projeção, amparada em elementos racionais, das consequências hipotéticas de determinada atividade econômica sobre o meio ambiente para que, caso necessário, ela seja proibida. Embora a precaução ambiental seja um dos pilares da ecologia

²⁶⁹ Artigo 3.2 da Convenção do Mar Báltico, de 1992 (1992 *Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea*): “*The Contracting Parties shall apply the precautionary principle, i.e., to take preventive measures when there is reason to assume that substances or energy introduced, directly or indirectly, into the marine environment may create hazards to human health, harm living resources and marine ecosystems, damage amenities or interfere with other legitimate uses of the sea even when there is no conclusive evidence of a causal relationship between inputs and their alleged effects*”.

²⁷⁰ Nesse sentido, v. FOSTER, Caroline. **Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals**. Cambridge University Press, 2011, p. 18: “Enquanto a ação preventiva envolve intervenção anterior à ocorrência de danos com relação a riscos conhecidos, a precaução envolve a preparação, por parte das autoridades públicas, para intervir antecipadamente em relação a ameaças potenciais, incertas ou hipotéticas”. Do original: “*While preventive action involves intervention prior to the occurrence of damage in relation to known risks, precaution involves a preparedness by public authorities to intervene in advance in relation to potential, uncertain or hypothetical threats*”.

moderna e do princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio é alvo de inúmeras críticas. Em geral, os questionamentos gravitam em torno de uma eventual paralisia completa do desenvolvimento científico e tecnológico a prevalecer uma “versão forte” do princípio da precaução.²⁷¹

De fato, a mais corriqueira acepção do princípio da precaução, circunscrita à vedação do emprego da ausência de certeza científica como justificativa para postergar a adoção de medidas preventivas – e, portanto, essencialmente negativa, omissiva –, deixa de “definir qual evidência objetiva de um risco ambiental é necessária para deflagrar-se a aplicação do princípio da precaução”.²⁷² Considerando que a plena certeza científica acerca da completa ausência de riscos de uma determinada atividade muitas vezes é inalcançável, argumenta Daniel Bodanski, é fundamental que se estabeleça qual é o “limiar mínimo”²⁷³ requerido para a identificação de uma ameaça; caso contrário, estar-se-ia a sugerir que “o princípio da precaução é aplicável sempre houver incerteza, o que, na prática, significa todas as vezes”.²⁷⁴

A aplicação do princípio da precaução não pode depender de um “cientificismo às avessas” a exigir que medidas restritivas sejam precedidas de indícios científicos acerca da existência de uma ameaça.

²⁷¹ V. GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 83: “Mas as versões mais fortes [*do princípio da precaução*], se aplicadas com rigor, paralisariam qualquer ação. Tomemos o exemplo dos alimentos geneticamente modificados, ou transgênicos. Os riscos para a saúde humana e para as ecologias locais não são conhecidos com nenhum grau de precisão. Uma definição forte do PP exige que tais alimentos sejam completamente banidos, sob a alegação de que com isso evitamos qualquer risco que eles tendam a trazer. Todavia, proibir seu uso também cria riscos significativos, inclusive a possibilidade, por exemplo, de elevar os níveis de fome e desnutrição. A definição forte do PP implicaria que evitássemos também esses riscos”.

²⁷² BODANSKI, p. 388. Do original: “[...] *do not define what positive evidence of an environmental risk is needed in order to trigger application of the precautionary principle*”.

²⁷³ Na expressão original, o “gatilho” (*trigger*).

²⁷⁴ Idem, p. 388: “[...] *without an articulation of what evidence is needed of a potential threat, these standards seem to suggest that the precautionary principle is applicable whenever there is uncertainty—which, in effect, means always*”.

Isso subverteria a própria lógica da norma, destinada a coibir riscos hipotéticos, sugeridos, desconhecidos. Nesse contexto, a prudência e a experiência podem funcionar como elementos para aferição dos possíveis riscos de uma atividade, como pondera Roberto Andorno. O autor defende que evidências empíricas ou mesmo aquelas derivadas da razão prática podem, sob certas circunstâncias, justificar a aplicação do princípio da precaução como fundamento para a adoção de uma medida preventiva:

O que parece claro é que, na hipótese de sérios efeitos nocivos [...], não é aceitável apenas dizer: ‘não podemos estar certos de que sérios danos ocorrerão, assim não faremos nada para evitá-los’. Se há boas razões, baseadas em evidências empíricas ou plausível hipótese causal, para acreditar que pode ocorrer dano, e diante da grande importância do que está em jogo (a vida e a saúde de pessoas e a preservação de ecossistemas), medidas adequadas devem ser tomadas o quanto antes para evitar consequências tão desastrosas. Esse raciocínio, com o qual todos concordariam, mostra que o princípio da precaução não repousa em uma complicada teoria, mas apenas no senso comum.²⁷⁵

A crítica ao princípio da precaução sob o argumento de que sua aplicação coibiria qualquer tipo de avanço científico ou tecnológico e, com isso, fatalmente impediria o progresso da humanidade é falaciosa; trata-se, a rigor, de um claro exemplo da *reductio ad absurdum*. Nesse contexto, a correta aplicação do princípio da precaução pressupõe, na

²⁷⁵ ANDORNO, Roberto. **The Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age.** Journal of International Biotechnology Law, 2004, n. 1, p. 12. Do original: “What seems clear is that, in view of the possibility of serious harmful effects like those mentioned above, it is not acceptable just to say: ‘we cannot be sure that serious damage will happen, so we will do nothing to prevent it.’ If there are good reasons, based on empirical evidence or plausible causal hypothesis, to believe that damage might occur, and given the crucial importance of what is at stake (the life and health of people and the preservation of ecosystems), adequate measure should be taken as soon as possible to prevent such disastrous outcomes. This statement, with which everyone would agree, shows that in reality the precautionary principle does not rest on a complicated theory, but just on common sense”.

expressão proposta por Roberto Andorno, a existência de “boas razões” a justificar a incidência da norma. Aos tribunais cabe precisamente identificar a existência dessas “boas razões”, ou seja, aferir a eventual existência de elementos mínimos – científicos ou empíricos – a permitir concluir-se que a atividade em questão pode trazer riscos ambientais.²⁷⁶

A multiplicação de tratados de investimento e as características próprias do regime tornam inviável contemplar, no limitado escopo deste trabalho, uma análise aprofundada da questão do risco ambiental no direito internacional dos investimentos. Todavia, o estudo de precedentes a envolver medidas regulatórias ambientais conduzido no próximo tópico revela tendências diversas quanto ao nível de deferência rendido por tribunais arbitrais a Estados receptores no que diz respeito à análise de riscos ambientais.

4.1.4. Risco ambiental e expectativas legítimas de investidores nas arbitragens de investimento: soluções e perspectivas

As cláusulas de estabilização continuam a ser o principal instrumento por meio do qual Estados receptores comprometem-se a garantir estabilidade regulatória a investidores estrangeiros. Como visto anteriormente, apesar das críticas que se lhes possam dirigir²⁷⁷, essas

²⁷⁶ Idem. “Outro elemento revolucionário dessa nova atitude em relação ao risco é o requisito da transparência das decisões políticas relacionadas à saúde pública e ao meio ambiente e, ainda, a participação direta do público na escolha entre as diferentes opções tecnológicas disponíveis”. Do original: “*Another revolutionary feature of this new attitude towards risk is the requirement of transparency of the political decisions related to public health and environment, and even a direct participation of the public in the choice between the different available technological options*”.

²⁷⁷ As cláusulas de estabilização representam uma ameaça à proteção ambiental e ao desenvolvimento sustentável na medida em que, a fim de não prejudicar investidores estrangeiros, inibem Estados de implementar níveis mais rígidos de proteção ecológica. A propósito, v. TIENHAARA, Kyla. **Unilateral commitments to investment protection: does the promise of stability restrict environmental policy development?** in FAUCHALD, Kristian; HUNTER, David (ed.). **Yearbook of environmental law**. Oxford University Press, 2006, p. 166: “Cláusulas e acordos de estabilização, quer resultem em temor regulatório, sejam usados como um disfarce político ou reduzam a coerência, a eficiência e a efetividade de políticas públicas, tendem a ter

cláusulas representam uma expressão direta da soberania, motivo pelo qual tribunais investidor-Estado, circunscritos geralmente à análise de tratados internacionais de investimentos e normas internacionais correlatas, dispõem de limitado espectro de atuação para desconsiderá-las sob o fundamento de invalidade.²⁷⁸ Em contrapartida, a pretensão de estabilidade que emana das expectativas legítimas encontra fundamento direto no tratamento justo e equitativo, norma de direito internacional. Por consequência, embora não estejam livres para decidir equitativamente (*ex aequo et bono*) – a menos que as partes de uma disputa assim acordem –, árbitros dispõem de um amplo alcance na análise das garantias de estabilidade do ambiente regulatório do Estado receptor.

Como visto anteriormente²⁷⁹, a jurisprudência arbitral parece ter-se firmado no sentido de admitir a existência de expectativas legítimas diante de representações específicas formuladas pelo Estado receptor.²⁸⁰

significativos efeitos negativos para a evolução da política ambiental em países em desenvolvimento”. Do original: “*Whether stabilization clauses and agreements result in regulatory chill, are used as political cover, or reduce policy coherence, efficiency, and effectiveness, they are likely to have significant negative implications for the evolution of environmental policy in developing countries*”.

²⁷⁸ Assim como a soberania não é absoluta, as cláusulas de estabilização também não o são. Não seria razoável admitir que, por meio delas, Estados pudessem, por exemplo, favorecer investimentos que provoquem poluição transfronteiriça ou interfiram no aproveitamento dos recursos naturais de um terceiro Estado. Em hipóteses tais, a validade das cláusulas de estabilização encontraria obstáculos no direito internacional.

²⁷⁹ Cf. nota 261.

²⁸⁰ A propósito, esclareça-se que esses compromissos não devem incluir os contratos celebrados entre Estado e investidor, os quais têm disciplina jurídica própria. Nesse sentido, v. MONTT, 2012, p. 363: “Há um aspecto das expectativas legítimas que deve ser criticado. Em princípio, o conceito não deve ser aplicado quando houver contratos em vigor entre as partes. Como Crawford observou com percuciência, ‘a doutrina das expectativas legítimas não deve ser utilizada como um substituto para o contrato entre as partes ou como uma fonte superveniente e superior do direito aplicável’”. Do original: “[...] *there is one aspect of the development of legitimate expectations that should be criticised. In principle, the concept should not be applied when there are contractual arrangements already in place between the parties. As Crawford has acutely observed, ‘the doctrine of legitimate expectations should not be used as a*

Essa orientação é utilizada também em precedentes que discutem medidas regulatórias ambientais. No caso *Plama v. Bulgária*, o tribunal rejeitou a pretensão dos investidores ao concluir que, na ausência de compromissos específicos quanto à estabilidade regulatória, os investidores não desfrutavam de qualquer expectativa quanto à não alteração da legislação ambiental búlgara.²⁸¹

A autonomia regulatória do Estado receptor em matéria ambiental foi analisada também no caso *Methanex*. O tribunal, em uma passagem que se tornou referência no direito internacional dos investimentos, estabeleceu que uma medida regulatória de caráter não discriminatório, adotada por motivos de interesse público e com observância do devido processo legal não pode ser considerada expropriatória, “a menos que compromissos específicos tenham sido oferecidos pelo Estado regulador no sentido de abster-se de tal regulação”.²⁸² Na sequência, o tribunal analisou o contexto fático que envolvia o investimento e afirmou:

Esses compromissos não foram oferecidos à empresa Methanex. A companhia estabeleceu-se em uma economia na qual era amplamente reconhecido, se não notório, que instituições estaduais e federais de proteção do meio ambiente e da saúde, operando sob os atentos olhos da mídia, corporações interessadas, organizações não governamentais e um eleitorado politicamente ativo, monitoravam continuamente o uso e o impacto de componentes químicos e usualmente proibiam ou restringiam o uso de alguns desses

substitute for the actual arrangements agreed between the parties, or as supervening and overriding source of the applicable law””.

²⁸¹ *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24. Parágrafo 219 da decisão. Do original: “*The Tribunal believes that the ECT does not protect investors against any and all changes in the host country's laws. Under the fair and equitable treatment standard the investor is only protected if (at least) reasonable and justifiable expectations were created in that regard. It does not appear that Bulgaria made any promises or other representations to freeze its legislation on environmental law to the Claimant or at all*”.

²⁸² *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits.

componentes por motivos ambientais ou sanitários.²⁸³

A conclusão do tribunal flerta com a contradição. Se a empresa conhecia as peculiaridades da região em que investia e sabia que a restrição à comercialização de determinados produtos por parte das autoridades ambientais locais e federais produtos era “habitual”, como é possível que eventuais indicações do Estado receptor – que poderiam revestir-se de caráter informal, como, por exemplo, uma garantia verbal de renovação de uma licença ou uma declaração pública de uma autoridade competente; a decisão não explicita quais poderiam ser esses “compromissos” – na direção da estabilidade regulatória possam ensejar expectativas legítimas de investidores e, com isso, suplantar a prerrogativa do Estado receptor quanto à definição dos níveis toleráveis de risco ambiental?²⁸⁴

²⁸³ Idem. Parte IV, capítulo D, parágrafo 9 da decisão. Do original: “*No such commitments were given to Methanex. Methanex entered a political economy in which it was widely known, if not notorious, that governmental environmental and health protection institutions at the federal and state level, operating under the vigilant eyes of the media, interested corporations, nongovernmental organizations and a politically active electorate, continuously monitored the use and impact of chemical compounds and commonly prohibited or restricted the use of some of those compounds for environmental and/or health reasons*”.

²⁸⁴ ASTERITI, Alessandra. **Regulatory expropriation claims in international investment arbitration: a bridge too far?** 2014, Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2445050. Acesso em 30.jun.2014: “A lógica inversa para esse argumento é que um panorama menos regulado e efetivo em matéria ambiental poderia render expectativas em sentido inverso ao investidor, aumentando suas chances de ver acolhida uma demanda de expropriação regulatória. Ainda, é precisamente esse tipo de regulamentação ambiental, não o ambiente regulatório sofisticado e altamente desenvolvido da Califórnia, que parece precisar urgentemente de aprimoramento por meio de políticas públicas e de uma legislação ambiental efetivas e sintonizadas com o desenvolvimento sustentável”. Do original: “*The logical reverse side to this argument is that a lesser regulated and effective framework for environmental regulation might engender the opposite expectations in the investor, improving his chances of a successful challenge for regulatory expropriation. Yet it is precisely this sort of regulatory environment, not the highly developed and sophisticated environmental legislative framework of California, which is likely to be in dire need of updating through effective environmental and sustainable development legislation and policy*”.

O caso mais emblemático na relação entre expectativas legítimas e medidas regulatórias ambientais é o *Metalclad vs. Mexico*.²⁸⁵ A controvérsia envolvia duas medidas do governo mexicano que foram reputadas expropriatórias pela empresa demandante: a denegação da licença de funcionamento a um local para tratamento de lixo contaminado e a posterior transformação da área em reserva ecológica. A acionante alegou violação ao dever de tratamento justo e equitativo por parte do Estado receptor, estabelecido pelo art. 1105 do NAFTA²⁸⁶, e defendeu a caracterização de ato expropriatório em decorrência da não concessão da licença – o que teria frustrado suas expectativas legítimas – e, subsidiariamente, da criação da reserva ecológica em área de sua propriedade, nos termos do art. 1110 do NAFTA²⁸⁷.

²⁸⁵ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

²⁸⁶ Art. 1105 do NAFTA: *Padrão mínimo de tratamento*. 1. Cada Estado-parte deve dispensar a investimentos de outro Estado-parte tratamento compatível com o direito internacional, incluindo tratamento justo e equitativo, bem como proteção e segurança integrais. 2. Sem prejuízo ao parágrafo 1 e inobstante o artigo 1108 (7) (b), cada Estado-parte deve dispensar a investidores de outro Estado-parte, bem como a investimentos de investidores de outro Estado-parte, tratamento não discriminatório com relação a medidas por aquele adotadas ou defendidas com relação a perdas sofridas por investimentos em seu território graças a conflito armado ou a guerra civil. Do original: “Minimum Standard of Treatment. 1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. 2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife”.

²⁸⁷ Art. 1110 do NAFTA: *Expropriação e compensação*. 1. Nenhum Estado-parte nacionalizará ou expropriará direta ou indiretamente um investimento de um investidor de outro Estado-parte em seu território ou adotar uma medida equivalente a nacionalização ou expropriação de tal investimento (“expropriação”), exceto: a) por razões de interesse público; b) de forma não discriminatória; c) respeitando o devido processo legal e o artigo 1105 (1); e d) com pagamento de compensação de acordo com os parágrafos 2 a 6. Do original: “Expropriation and Compensation 1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another

Ao valer-se da premissa de que um dos objetivos do NAFTA é o incremento de atividades econômicas transfronteiriças entre os Estados-membros, o tribunal afirmou que as garantias concedidas por representantes do governo federal mexicano criaram expectativas legítimas quanto ao regular funcionamento do negócio, as quais acabaram frustradas quando da denegação das respectivas licenças.²⁸⁸ O tribunal considerou que, à luz dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a existência de normas internas a exigir as aludidas licenças não descaracterizaria a pretensa frustração das expectativas legítimas dos investidores.

O tribunal aduziu que pesquisas reconheceram a possibilidade da ocorrência de danos ambientais – os quais poderiam ser contornados com boa engenharia²⁸⁹ – e que a negativa da licença por parte do órgão

Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6".

²⁸⁸ Parágrafo 89 da decisão: “Metalclad pode confiar em compromissos de oficiais federais e acreditar que estava habilitada a continuar sua construção do aterro. Ao seguir o conselho desses oficiais e protocolando o pedido de licença em 15/nov/1994, Metalclad estava apenas agindo prudentemente e na plena expectativa de que a licença seria garantida”. Do original: “*Metalclad was entitled to rely on the representations of federal officials and to believe that it was entitled to continue its construction of the landfill. In following the advice of these officials, and filing the municipal permit application on November 15, 1994, Metalclad was merely acting prudently and in the full expectation that the permit would be granted*”.

²⁸⁹ Parágrafo 44 da decisão: “Em fevereiro de 1995, a Universidade Autônoma da SLP lançou um estudo confirmando prévias conclusões no sentido de que, embora o terreno ensejasse algumas preocupações, ele era geograficamente aceitável para comportar uma planta de lixo contaminado desde que empregada boa engenharia. Em março de 1995, a Procuradoria Federal do México para a Proteção do Meio Ambiente [...] conduziu uma auditoria no terreno e também concluiu que, com boa engenharia e própria operação, ele era geograficamente aceitável para comportar uma planta de lixo contaminado”. Do original: “*In February 1995, the Autonomous University of SLP issued a study confirming earlier findings that, although the landfill site raised some concerns, with proper engineering it was geographically suitable for a hazardous waste landfill. In March 1995, the Mexican Federal Attorney's Office for the*

municipal teve motivação ambiental.²⁹⁰ Entretanto, os árbitros consideraram que a municipalidade deveria limitar-se à análise de eventuais vícios construtivos²⁹¹, os quais, todavia, não restaram caracterizados. Dessa maneira, as autoridades municipais não poderiam ter indeferido a licença, ainda que por motivação ambiental²⁹², sem frustrar as expectativas legítimas dos investidores.²⁹³

Protection of the Environment [...] conducted an audit of the site and also concluded that, with proper engineering and operation, the landfill site was geographically suitable for a hazardous waste landfill”.

²⁹⁰ Parágrafo 92 da decisão: “O Conselho Municipal indeferiu a licença por razões que incluíam (mas não se limitavam a elas) a oposição da população local, o fato de que a construção já havia começado quando o pedido fora formulado, a negativa da licença à COTERIN em dezembro de 1991 e janeiro de 1992 e as preocupações ecológicas a propósito das consequências ambientais sobre o local e as comunidades das cercanias [...]”. Do original: “*The Town Council denied the permit for reasons which included, but may not have been limited to, the opposition of the local population, the fact that construction had already begun when the application was submitted, the denial of the permit to COTERIN in December 1991 and January 1992, and the ecological concerns regarding the environmental effect and impact on the site and surrounding communities [...]*”.

²⁹¹ Parágrafo 86 da decisão: “Ainda que o México esteja correto quanto ao fato de que uma licença de construção municipal era exigida, o conjunto probatório também revela que, quanto a avaliações e estudos de lixo tóxico, a autoridade federal seria competente e que a autoridade do município limitava-se apenas à análise da adequação da construção. Dessa maneira, o indeferimento da licença municipal com fundamento em uma referência ao impacto ambiental em um caso que lidava basicamente com uma planta de lixo contaminado foi impróprio, a exemplo do indeferimento pelo Município da licença por qualquer outra razão não relacionada com a construção ou defeitos ligados a aspectos físicos do sítio.” Do original: “*Even if Mexico is correct that a municipal construction permit was required, the evidence also shows that, as to hazardous waste evaluations and assessments, the federal authority’s jurisdiction was controlling and the authority of the municipality only extended to appropriate construction considerations. Consequently, the denial of the permit by the Municipality by reference to environmental impact considerations in the case of what was basically a hazardous waste disposal landfill was improper, as was the municipality’s denial of the permit for any reason other than those related to the physical construction or defects in the site*”.

²⁹² V. KULICK, 2012, p. 239: “É notável como o tribunal estava suscetível a identificar como direito aplicável considerações favoráveis aos investidores,

Na pertinente análise de David Schneiderman, “o tribunal parece negar às autoridades locais a capacidade de considerar o impacto ambiental do desenvolvimento econômico sugerido quando da aprovação obtida junto ao mais alto escalão do governo, efetivamente privando o governo local de sua jurisdição ambiental”.²⁹⁴ A propósito, acrescente-se que, diante da existência de elementos a indicar a presença de riscos ambientais, a conclusão do tribunal no sentido de não render deferência à decisão das autoridades locais pode ser interpretada como um afastamento implícito do princípio da precaução.²⁹⁵

como o requisito da transparência, e nem sequer a considerar instrumentos ambientais internacionais como possível direito aplicável, ou mesmo a levar em conta os riscos à saúde e ao meio ambiente apontados nos memoriais das partes”. Do original: “[I]t is remarkable how prone the Tribunal was to inferring as applicable law pro-investor considerations such as the transparency requirement, and did not even consider international environmental instruments as possible applicable law or even the health and environmental risks pointed at the party submissions”.

²⁹³ Parágrafo 106 da decisão: “A municipalidade indeferiu a licença de construção parcialmente por causa de sua percepção quanto aos efeitos prejudiciais ao meio ambiente oriundos do aterro de lixo tóxico, bem como da inadequação geológica do terreno. Ao fazê-lo, a municipalidade extrapolou sua competência. Como dito anteriormente, a negativa de permissão para construir, exarada sem amparo na proposta de construção ou em algum defeito no terreno e estendida pelas subseqüentes ações judiciária e administrativa com relação ao *Convenio*, impediram efetiva e ilegalmente a operação, por parte da acionante, do aterro sanitário”. Do original: “[...] the Municipality denied the local construction permit in part because of the Municipality’s perception of the adverse environmental effects of the hazardous waste landfill and the geological unsuitability of the landfill site. In so doing, the Municipality acted outside its authority. As stated above, the Municipality’s denial of the construction permit without any basis in the proposed physical construction or any defect in the site, and extended by its subsequent administrative and judicial actions regarding the *Convenio*, effectively and unlawfully prevented the Claimant’s operation of the landfill”.

²⁹⁴ SCHNEIDERMAN, 2008, p. 85. Do original: “The tribunal purports to deny local authorities within Mexico the ability even to take into account the environmental impact of proposed economic development where approval has been obtained from the higher order of government, effectively disenfranchising local governments from environmental jurisdiction”.

²⁹⁵ Cumpre salientar que a decisão do caso *Metalclad* foi revista por uma corte canadense, que anulou as conclusões do tribunal arbitral quanto ao requisito da

A análise das conclusões dos tribunais dos casos acima discutidos, unidos pela caracterização da frustração das expectativas legítimas, enseja um questionamento: o princípio da precaução pode servir de fundamento para a adoção de medidas restritivas que, destinadas à diminuição ou à eliminação de riscos ambientais, contraponham-se a eventual promessa ou garantia extracontratual formulada pelo Estado receptor quanto à estabilidade de seu ambiente regulatório? Diante da ausência de um precedente específico sobre o tema, motivada principalmente pelo fato de o princípio da precaução ainda não ter sido enfrentado diretamente em uma arbitragem investidor-Estado²⁹⁶, Andrew Newcombe sugere o seguinte exemplo hipotético:

Um investidor estrangeiro administra uma criação de frangos. Um tipo específico de gripe aviária é detectado em um pequeno número de galinhas. Temendo uma epidemia, o governo determina o fechamento da criação, o abatimento de todos os 500.000 animais e o encerramento das atividades até que o aviário tenha sido completamente desinfetado. Ao tempo da ordem do governo, a Organização Internacional da Saúde Animal recomendava a adoção de medidas de quarentena para controlar a gripe aviária. Apesar dessa recomendação, o governo, confiando na opinião de seu veterinário-chefe, optou por determinar um abatimento completo.²⁹⁷

transparência dentro do tratamento justo e equitativo (artigo 1105 do NAFTA) e, por consequência, também os fundamentos ligados às expectativas legítimas. Ainda assim, o posicionamento questionável dos árbitros no caso revela o alcance e a profundidade da arbitragem de investimentos, capaz de verdadeiramente funcionar como uma instância supraconstitucional de revisão de atos de Estados soberanos.

²⁹⁶ Note-se, a propósito, que, muito embora a Carta da Energia disponha, em seu artigo 19 (1), que “as partes contratantes devem buscar a adoção de medidas de precaução (*precautionary measures*) para prevenir ou minimizar a degradação ambiental”, o tribunal do caso *Plama v. Bulgaria* furtou-se a analisar o eventual impacto da aludida norma sobre a garantia de estabilidade regulatória no Estado receptor.

²⁹⁷ NEWCOMBE, Andrew. **The boundaries of regulatory expropriation in international law.** In KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas (ed). **New aspects of**

Apesar da profusão de tratados com dispositivos inspirados na precaução ambiental ou que a preveem expressamente, tribunais internacionais permanecem relutantes quanto à análise do princípio da precaução e, por consequência, à sua afirmação como norma de direito internacional. A Corte Internacional de Justiça furtou-se a enfrentar a questão mais pormenorizadamente em três casos que envolviam a problemática ambiental: *Nuclear Tests*²⁹⁸, *Gabcikovo-Nagymaros*²⁹⁹ e *Pulp Mills*³⁰⁰. Por seu turno, o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio, no caso *EC – Hormones*³⁰¹, afirmou expressamente que “o princípio da precaução, ao menos fora do âmbito do direito ambiental internacional, ainda aguarda formulação

international investment law. Leiden: Martinus Nijhof Publishers, Leiden, 2007, pp. 391–449. Do original: “*A foreign investor operates a chicken farming operation. A particular strain of avian flu is detected in a small number of chickens. Fearing an epidemic, the government orders that the operation be closed, the entire flock of 500,000 birds be destroyed, and the closure to remain in effect until the aviary has been completely disinfected. At the time of the government order, the International Organization for Epizootics was recommending that quarantine measures be taken to control avian flu. Despite this recommendation, the government, relying on the opinion of its chief veterinarian, decided to order a complete cull*”.

²⁹⁸ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court’s Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, I. C. J. Reports 1995, p. 288.

²⁹⁹ Cf. nota 202.

³⁰⁰ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14. Destaque-se que a CIJ concluiu que a precaução (que não foi considerada um *princípio*) não induz necessariamente a inversão do ônus da prova: “[...] A Corte considera que, embora uma abordagem fundada na precaução seja relevante na interpretação e aplicação dos dispositivos do Estatuto, isso não significa que ela induz a inversão do ônus da prova”. Do original: “[...] *the Court considers that while a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute, it does not follow that it operates as a reversal of the burden of proof*”.

³⁰¹ *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998. Parágrafo 133 da decisão. Do original: “*We note that the Panel itself did not make any definitive finding with regard to the status of the precautionary principle in international law and that the precautionary principle, at least outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation*”.

impositiva”, conclusão, aliás, que foi replicada nos casos *EC Biotech*³⁰² e *Japan – Measures Affecting the Importation of Apples*.³⁰³

Ainda assim, por tratar-se de uma das dimensões mais relevantes e representativas do desenvolvimento sustentável, a efetiva consolidação do princípio da precaução como uma norma de direito internacional na acepção do artigo 31 (3) (c) da Convenção de Viena não há de tardar.³⁰⁴ Como consequência, arbitragens internacionais, valendo-se do aludido dispositivo, não poderão furtar-se a utilizar o princípio da precaução

³⁰² *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (“EC Biotech”)*. Doc WT/DS291-293/INTERIM. 29 September 2006. Parágrafos 4.540 e 4.541 da decisão: “Ainda que o princípio da precaução fosse considerado uma norma relevante de direito internacional à luz do artigo 31 (3) da Convenção de Viena, ele seria útil apenas para interpretar os termos particulares de um tratado e não poderia suplantar nenhuma parte do Acordo sobre Medidas Fitossanitárias [...] Assim como o Órgão de Apelação considerou desnecessário e imprudente estabelecer uma conclusão sobre o *status* do princípio da precaução no direito internacional, este Painel também não há de abordar esse assunto teórico”. Do original: “[E]ven if a precautionary principle were considered a relevant rule of international law under Article 31(3) of the Vienna Convention, it would be useful only for interpreting particular treaty terms, and could not override any part of the SPS Agreement. [...] Just as the Appellate Body found it unnecessary and imprudent to make a finding on the status of the precautionary principle in international law, this Panel also should have no need to address this theoretical issue”.

³⁰³ *Japan – Measures Affecting the Importation of Apples*, at 2, WT/DS245/AB/R, Nov. 26, 2003. Parágrafo 233 da decisão.

³⁰⁴ BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. **The Precautionary Principle in Precaution from Rio to Johannesburg**. Proceedings of a Geneva Environment Network Roundtable, 2002, p. 12. Disponível em http://library.tee.gr/digital/books_notee/fyl_4641.pdf. Acesso em 30.dez.2014: “Ainda que não tenha adquirido um *status* inequívoco no direito internacional público, o princípio da precaução deve, todavia, ser considerado um costume em ascensão. Sua inclusão em diversos instrumentos legais domésticos e internacionais e o fato de ter sido levado em consideração pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e por outros tribunais nacionais atesta isso”. Do original: “Even if it has not yet acquired an unambiguous status in general international law, one should nonetheless consider the precautionary principle as an emerging customary norm. Its conclusion in numerous legal instruments of international and national law, and the fact that it has been taken into consideration by the European Court of Justice as well as by national Tribunals bear witness to this”.

como um importante mecanismo hermenêutico, principalmente em controvérsias que envolvam economia e meio ambiente, as duas searas que lhe são mais afetadas. A incorporação de considerações ambientais a tratados bilaterais de investimentos é relativamente recente, motivo pelo qual ainda não há precedentes específicos a analisar esses novos dispositivos. De todo modo, a orientação incluída em diversos tratados de investimentos no sentido de que a interpretação de seus dispositivos deve operar-se de modo a garantir que investimentos estrangeiros estejam em sintonia com preocupações ambientais impõe a utilização de normas de direito ambiental, dentre elas o princípio da precaução, na interpretação de *standards* de proteção a investidores.

Por outro lado, é crescente a utilização de princípios de direito público interno nas arbitragens de investimento. Os casos *Inceysa v. El Salvador* e *Metal-Tech v. Uzbequistão*, ambos analisados no capítulo anterior, evidenciam essa tendência, estranha à concepção clássica do direito internacional público. Trata-se de uma consequência inexorável das peculiaridades que cercam o regime de proteção aos investimentos estrangeiros, o qual porta características próprias de regimes constitucionais e, portanto, tende a imprimir à regulação jurídica da economia global uma vertente mais publicista, política.

A precaução ambiental é um instrumento jurídico de análise de riscos presente em diversos regimes domésticos de direito público em todo o mundo.³⁰⁵ A principal expressão da consolidação do

³⁰⁵ ANDORNO, 2004, p. 13: “As primeiras referências expressas ao princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) estavam contidas no programa de proteção ambiental alemão de 1971. Desde então, ele foi incluído em diversos diplomas legais alemães ligados ao meio ambiente. A partir do direito alemão, o princípio da precaução espalhou-se para os sistemas jurídicos de outros países europeus, como a Dinamarca, a Suécia e a França, abordando não apenas matérias ambientais, mas também outras ligadas à segurança alimentar e a assuntos de saúde pública. Hoje, a importância desse princípio é tanta que, desde 1992 com o Tratado de Maastricht, ele se tornou um dos pilares do direito ambiental europeu, ao lado dos princípios da prevenção, da reparação do dano na fonte e do poluidor-pagador”. Do original: “*The earliest explicit references to the precautionary principle (Vorsorgeprinzip) were contained in the German program of environmental protection of 1971. Thereafter it was included in various German laws relating to environmental issues. From the German law, the precautionary principle spread to the legal systems of other European countries, such as Denmark, Sweden and France, not only for dealing with*”

protagonismo do princípio da precaução na formulação das políticas ambientais é sua previsão expressa no Tratado de Funcionamento da União Europeia.³⁰⁶ Anote-se que mesmo os Estados Unidos, que relutam em admitir a precaução como um princípio jurídico, adotam a abordagem preventiva (*precautionary approach*) na administração do risco ambiental. Há entre a *abordagem* e o *princípio* uma diferença de perspectiva, mas a utilização da precaução ambiental como instrumento de contenção de riscos é fundamentalmente a mesma.³⁰⁷

Nesse contexto, a afirmação da precaução ambiental inaugura um outro flanco de aproximação com o direito dos investimentos: a

environmental matters, but also with food safety and public health issues. Today the importance of this principle is such that, since 1992 with the Maastricht Treaty on the European Union, it has become one of the pillars of the EU environmental law, along with the principle of prevention, the principle of rectifying damage at source and the polluter-pays principle”.

³⁰⁶ Artigo 191º, 2: “A política da União no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador”.

³⁰⁷ Sobre o tema, WIENER, Jonathan. **Whose precaution after all? A comment on the comparison and evolution of risk regulatory systems.** Duke Journal of International & Comparative Law, Vol. 13, 2003, pp. 217 e 261:.

“Ao menos desde a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Benzene* em 1980, observa-se que os Estados Unidos adotam uma abordagem formal mais científica e quantitativa no que diz respeito à análise do risco, enquanto a abordagem europeia é mais qualitativa. Ainda assim, há sinais de convergência. [...] Ao longo do amplo espectro de riscos, nem Europa nem Estados Unidos podem afirmar adotar categoricamente mais medidas de precaução. Inúmeros casos, incluindo emissão de diesel, doença da vaca louca, violência e terrorismo, ilustram a defesa concomitante da precaução em ambos os lados do Atlântico”. Do original: “*At least since the U.S. Supreme Court’s Benzene decision in 1980, it has been observed that the United States takes a more formal scientific and quantitative approach to risk assessment, while the European approach is more qualitative. Yet there are signs of convergence. [...] Across the broad array of risks, neither Europe nor the United States can claim to be categorically more precautionary than the other across the board. Several cases, including diesel emissions, mad cow disease, violence, and terrorism, illustrate the simultaneous advocacy of precaution on both sides of the Atlantic”.*

abordagem comparativa de direito público de Stephen Schill.³⁰⁸ O impacto social, político e econômico de decisões de tribunais arbitrais investidor-Estado sempre é significativo, razão pela qual o nível de deferência prestado pelos árbitros às motivações e aos fundamentos que levaram o Estado receptor a adotar a medida questionada é um elemento crucial em todos os casos. Essa distribuição de poder entre Estados e árbitros internacionais é ainda mais delicada quando o assunto é a definição do nível toleráveis e a administração de riscos ambientais.

A aplicação do princípio da precaução na formulação de políticas públicas ambientais guarda estreita relação com o exercício da democracia. Os processos decisórios ligados à saúde e à preservação ambiental são conduzidos e orientados pela população, mesmo que por intermédio de seus representantes. A definição dos níveis de risco toleráveis é uma prerrogativa soberana e, portanto, deve permanecer sob a responsabilidade dos Estados. Por essa razão, os tribunais investidor-Estado, que carregam consigo um significativo déficit democrático, devem adotar altos níveis de deferência à opção política do Estado receptor quanto à administração de riscos ambientais, o que reduziria a margem para a identificação de expectativas legítimas em face de medidas de precaução que prejudiquem investidores estrangeiros.

A deferência é ainda mais relevante para os países em desenvolvimento. Considerando que a flexibilização da legislação ambiental é por eles utilizada como ferramenta para a atração de capital estrangeiro, a adesão a compromissos de estabilidade de seu panorama regulatório pode submetê-los a níveis irrisórios de proteção ambiental.³⁰⁹ A comunidade internacional não pode tolerar que investidores locupletem-se com a manutenção artificial, conduzida por tribunais de investimentos, de níveis reduzidos de proteção ambiental doméstica, principalmente em países em desenvolvimento. Garantias extracontratuais concedidas por Estados receptores no sentido de não alterar os níveis toleráveis de risco de uma determinada atividade não podem estar amparadas pelo princípio da boa-fé e, por isso, não devem ensejar expectativas legítimas por parte de investidores.³¹⁰

³⁰⁸ Cf. item 2.3.

³⁰⁹ TIENHAARA, Kyla. **The expropriation of environmental governance: protecting foreign investors at the expense of public policy.** Cambridge University Press, 2009, p. 250.

³¹⁰ VIÑUALES, **Foreign investment...**, 2012: “Compromissos específicos não

Esse raciocínio encontra respaldo nos requisitos estabelecidos pela jurisprudência arbitral para a identificação de expectativas legítimas de investidores. Primeiramente, investidores não podem reputar legítimas expectativas *contra legem*. A consolidação da precaução ambiental como um elemento comum a virtualmente todas as ordens jurídicas, além de um princípio praticamente consolidado no plano internacional, inibe a formação de expectativas legítimas a partir de compromissos que sejam contrários àquela. Ademais, a necessidade de estabelecer-se um equilíbrio entre o público e o privado não impede que, em searas ligadas ao interesse público, notadamente a ambiental, estabeleçam-se presunções em favor do primeiro. Essa foi a orientação do tribunal do caso *Feldman v. Mexico*, que reconheceu que “governos devem estar livres para atuar em prol do mais amplo interesse público por intermédio da proteção do meio ambiente, de novos ou diferenciados regimes fiscais [e] da implementação ou retirada de subsídios governamentais [...]”.³¹¹ Por óbvio, é preciso estabelecer-se em cada caso concreto uma análise de proporcionalidade de modo a

são um seguro contra tudo. É possível que um investidor saiba que, ao tempo da formalização do investimento, um determinado mercado ainda seja lucrativo em um país, mas não em outro, o que resulta de diferentes percepções de um risco à saúde ou ao meio ambiente”. Do original: “*Indeed, specific assurances are not insurance against all odds. It may also happen that the investor knew, at the time it invested, that a market was still profitable in some countries but not in others, as a result of different perceptions of a health or an environmental risk*”.

³¹¹ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1. Parágrafo 103 da decisão: Governos devem estar livres para atuar em prol do mais amplo interesse público por intermédio da proteção do meio ambiente, de novos ou diferenciados regimes fiscais, da implementação ou retirada de subsídios governamentais de redução ou reajuste de padrões tarifários, da imposição de restrições de zoneamento, dentre outros. Regulações razoáveis desse tipo não podem ser obtidas se qualquer negócio a ser negativamente afetado por elas possa buscar compensação, e é seguro consignar que o direito costumeiro internacional reconhece isso”. Do original: “*Governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this*”.

identificar-se se aquela medida era a única ou a menos restritiva para atingir-se o fim sugerido. Observado esse requisito, o tribunal não deve imiscuir-se em uma decisão legitimamente adotada pelo Estado soberano com o fim de prevenir ou reduzir riscos ambientais.³¹² Na feliz expressão de J.M. Wagner, “nenhum teste de legitimidade de medidas ambientais deve exigir que o governo prove que o risco de dano encontre respaldo na ‘melhor’ ou ‘mais amplamente aceita’ ciência; basta que os métodos e procedimentos científicos demonstrem um potencial de efeitos ambientais adversos”.³¹³

A decisão do caso *Chemtura v. Canada* é o principal expoente da orientação aqui defendida. A controvérsia envolvia a decisão do Canadá de banir a comercialização do lindano, medida motivada pela “crescente percepção dos perigos que o produto oferece quanto à saúde humana e ao meio ambiente”.³¹⁴ Os árbitros consideraram que a decisão do

³¹² Na mesma direção, v. WAGNER, J.M. **International investment, expropriation and environmental protection**. Golden Gate University Law Review, vol. 29, 1999: “[...] um tribunal arbitral que analisa uma alegação de expropriação decorrente de uma pretense expropriação deve avaliar apenas se o fundamento científico da aferição do risco tem os requisitos mínimos de uma pesquisa científica – ou seja, se a prova do risco deriva da aplicação de métodos e procedimentos científicos legítimos e é reveladora de um potencial de efeitos adversos. Isso é verdadeiro mesmo quando a prova for controversa ou inconclusiva. Uma vez que o tribunal tenha confirmado que a prova é científica e contundente, ele deve aceitar o fundamento ambiental legítimo para a medida”. Do original: “[...] *an arbitral tribunal considering an expropriation claim arising out of a purported environmental measure should limit its inquiry to determining whether the science underlying the risk determination has the minimal attributes of scientific inquiry— that is, whether the evidence of risk has been derived through the application of legitimate scientific methods and procedures, and is probative of a potential for adverse effects. This is true even if the evidence is controversial or inconclusive. Once an arbitral tribunal has confirmed that the evidence is scientific and probative, it should accept the legitimate environmental basis for the measure*”.

³¹³ Idem. Do original: “Any test of the legitimacy of environmental measures must not require the government to prove that a risk of harm is supported by the ‘best’, ‘most’ or ‘most widely accepted’ science; it is sufficient if the application of legitimate scientific methods and procedures demonstrates a potential for adverse environmental effects”.

³¹⁴ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*. Ad hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules. Parágrafo 266 da decisão. Do original:

governo canadense não foi adotada de má-fé; ao contrário, havia “ampla prova no sentido de que o uso do lindano ensejava preocupações legítimas”, razão pela qual o tribunal rechaçou a alegação de violação ao tratamento justo e equitativo.³¹⁵ Embora o princípio da precaução não tenha sido expressamente enfrentado na decisão, o tribunal rendeu ampla deferência às motivações que levaram o Canadá a proibir a comercialização do lindano.

Ademais, em uma clara demonstração de sua relevância para o direito dos investimentos, o princípio da precaução foi incluído expressamente no Modelo de Acordo Internacional sobre Investimentos para o Desenvolvimento Sustentável criado pelo *International Institute for Sustainable Development* (IISD), importante organização não governamental ligada à promoção do desenvolvimento sustentável em todo o planeta. Em um documento de vanguarda, repleto de considerações ambientais atreladas à regulamentação de investimentos estrangeiros, o IISD propõe que “investidores, seus investimentos e as autoridades do Estado receptor devem aplicar o princípio da precaução na análise do impacto ambiental e nas decisões relacionadas à formalização do investimento, incluindo quaisquer abordagens alternativas ou atenuantes em relação ao investimento ou, caso necessário, proibindo-o”.³¹⁶

“Irrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. As discussed in detail in connection with Article 1105 of NAFTA, the PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation”.

³¹⁵ Ibidem. Parágrafo 184 da decisão. Do original: “*The two measures challenged by the Claimant followed the results of the Special Review of lindane conducted by the PMRA. As already noted, there is no evidence in the record that such review was conducted unfairly or in bad faith; quite to the contrary, there is ample evidence that the use of lindane caused genuine concerns, both in Canada and abroad. This is the context in which the Tribunal must assess the Claimant's argument that it was deprived of a phase-out as a punitive measure taken by the PMRA*”.

³¹⁶ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT.

Em suma, a “absolutização” das garantias de estabilidade oferecidas pelo Estado receptor – sejam cláusulas de estabilização ou, com maior ênfase, aquelas identificadas como expectativas legítimas de investidores – deve ser evitada, pois tende a comprometer severamente políticas públicas ligadas à preservação ambiental e ao desenvolvimento sustentável. A propósito, a controvérsia hipotética criada por Andrew Newcombe e mencionada no início deste tópico deveria, segundo o próprio autor, ser resolvida adotando-se essa premissa.³¹⁷ De modo a evitar decisões arbitrais carentes de legitimidade democrática, é desejável que os novos tratados de investimento contemplem o princípio da precaução³¹⁸ e, mais importante, que árbitros efetivamente levem-no em consideração na interpretação do tratamento justo e equitativo,

IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development. 2005. Disponível em

http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf. Acesso em 8.dez.2014. Do original: “*Article 12 (D). Investors, their investment and host state authorities shall apply the precautionary principle to their environmental impact assessment and to decisions taken in relation to a proposed investment, including any necessary mitigating or alternative approaches to the investment, or precluding the investment if necessary*”.

³¹⁷ NEWCOMBE, 2007, p. 39. Do original: “*Particularly in cases where there is scientific uncertainty, states may want to adopt a low risk policy on the basis of the precautionary principle. In the chicken example, reliance on the opinion of the state’s chief veterinarian would appear to be rationally related to the risk of harm. The question is whether compensation is due because the government chose to take a more investment destructive measure than that proposed by the relevant international body. The awards reviewed in the discussion of the police powers appear to provide states a large margin of appreciation in this type of situation. Provided that the veterinarian was acting in good faith and based on scientific principles, I would argue that this type of measure falls within state police powers and does not give rise to compensation*”.

³¹⁸ Na mesma direção, v. TIENHAARA, **The expropriation of environmental governance...**, 2009, p. 384: “É essencial que o princípio da precaução seja incluído em acordos de investimentos para garantir que governos não sejam punidos por inovar em um determinado assunto mesmo quando a prova científica permanecer inconclusiva”. Do original: “*It is essential that the precautionary principle be included in IIAs to ensure that governments will not be punished for being ‘first movers’ on an issue when scientific evidence remains inconclusive*”.

rendendo deferência às autoridades nacionais, a quem incumbe a definição dos níveis toleráveis de risco ambiental.³¹⁹

³¹⁹ No mesmo sentido, WAGNER, 1999, p. 534: “Governos que implementam uma medida ambiental devem manter a capacidade de realizar julgamentos a propósito de provas conflitantes ou diferentes princípios científicos, bem como sobre como e quando responder a um risco ambiental legítimo. Mostra-se inadequado, portanto, a um órgão externo que não presta contas aos residentes desse país, como um tribunal arbitral, tentar valorar afirmações científicas a fim de determinar quando há risco ‘suficiente’ para justificar a medida em questão ou se a medida é fundamentada pela ‘correta’ ou ‘mais aceita’ ciência”. Do original: “*governments implementing an environmental measure must retain the ability to make judgments concerning conflicting evidence or different scientific principles, as well as how and when to respond to a legitimate environmental risk. It is therefore inappropriate for an outside body that is not accountable to a country's residents, such as an arbitral tribunal, to attempt to weigh competing scientific claims to determine whether there is "enough" risk to justify the measure in question, or whether the measure is supported by the "correct" or "best" or "most accepted" science*”.

4.2 A “doutrina dos efeitos” (“sole effects doctrine”) e a governança ambiental: contribuições à análise da caracterização de atos expropriatórios a partir do comportamento do investidor

4.2.1 A emergência da doutrina dos efeitos como reflexo da orientação pró-investidor do regime

A expropriação é o elemento fundante do direito internacional dos investimentos estrangeiros. Como visto no primeiro capítulo, a rede internacional de acordos de investimento foi concebida basicamente para desencorajar Estados receptores – em particular países recém-independentes motivados pelo nacionalismo econômico – de expropriar ativos de companhias estrangeiras, que costumavam explorar setores estratégicos das então novas nações. Por essa razão, desde a gênese da matéria, o direito internacional dos investimentos é permeado pela tensão entre o público e o privado; ou seja, entre a prerrogativa soberana de expropriar para fins de interesse público e a garantia da proteção da propriedade privada de investidores estrangeiros.

As expropriações são divididas em diretas, quando há transferência formal do título da propriedade ou tomada física dos ativos de investidores estrangeiros; e indiretas, quando investidores são despojados de seus ativos sem que haja, contudo, transferência formal de domínio para o Estado expropriante. O século XX foi marcado por constantes expropriações diretas, que ocorreram, sobretudo, nas Revoluções Russa e Mexicana e ao longo do processo de descolonização do pós-guerra, especialmente no âmbito de investimentos associados à exploração de recursos naturais em países recém-independentes.³²⁰ À exceção de recentes e isolados episódios verificados em países como Argentina e Bolívia, é rara a ocorrência de novos casos de expropriação direta. As repercussões negativas delas decorrentes são inúmeras e se estendem pelos planos social, político e econômico. Atualmente, o direito internacional dos investimentos direciona suas atenções para os critérios de identificação de atos expropriatórios indiretos, cujos contornos geram controvérsias em decorrência da tênue linha que separa o legítimo exercício do poder

³²⁰ LOWENFELD, 2002, p. 393-405.

regulatório dos Estados receptores e a redução injustificada do valor do proveito econômico do investidor.³²¹

O direito internacional estabeleceu requisitos a licitude de um ato expropriatório: a tomada da propriedade deve operar-se i) por motivos de interesse público; ii) de maneira não-discriminatória; iii) em observância ao devido processo legal; iv) com o pagamento de compensação. Na prática, há poucas diferenças entre a expropriação lícita e a ilícita, pois a obrigação de compensar está presente em ambos os casos; a caracterização serve principalmente para fins do cálculo da indenização. A propósito, é comum no direito internacional a referência ao *direito de expropriar*, expressão que, em última análise, contempla uma impropriedade técnica. Se *direito* fosse, Estados expropriantes não estariam obrigados a compensar os expropriados; não pode haver *direito* (dos Estados) *a violar direitos* (de propriedade dos investidores). Em outras palavras, a obrigatoriedade de compensar os expropriados torna a expropriação não um *direito*, mas uma *prerrogativa* dos Estados.³²²

Essa diferença sutil serve para esclarecer outra terminologia problemática muito frequente no direito internacional dos investimentos.

³²¹ A propósito, v. KOLO, Abba; WÄLDE, Thomas. **Environmental regulation, investment protection and “regulatory taking” in international law**. *International and Comparative Law Quarterly* 50, p. 820: “Com a regulação econômica tomando o papel de propriedades públicas como o método-chave para obterem-se serviços públicos e outros objetivos ligados a políticas públicas, e com entidades privadas, especialmente investidores estrangeiros, ingressando em áreas até então reservadas a investimentos públicos em infraestrutura, a definição de limites entre regulação legítima a expressar justa limitação de propriedade e os *police powers* dos Estados de um lado e, de outro, regulações excessivas que equivalem a expropriações completas ou parciais será um grande desafio para advogados na área econômica internacional”. Do original: “[W]ith economic regulation taking the role of public ownership as the now key method to pursue public service and other public policy objectives, and with private, in particular foreign investors, entering the hitherto areas of public infrastructure investment, the definition of the boundary between legitimate regulation expressing inherent limitation of property and the State’s police powers on the one hand and the excessive regulation equivalent to a full or partial expropriation on the other will be a major challenge for international economic lawyers”.

³²² Note-se, a propósito, que as resoluções da Assembleia-Geral das Nações Unidas, notadamente a Resolução n. 1803 (XVII), não mencionam eventual “direito à expropriação”. Cf. nota 59.

O direito à propriedade não é absoluto, razão pela qual nem todos os atos estatais que prejudiquem investidores violam esse direito. O principal desafio do direito internacional dos investimentos, portanto, é definir o alcance do direito de propriedade de investidores estrangeiros em face da prerrogativa soberana de perseguir o interesse público. Na expressão utilizada pelo tribunal do caso *Saluka v. Czech Republic*, o direito internacional reconhece que um Estado não pratica um ato expropriatório e, portanto, não está obrigado a compensar um investidor estrangeiro desapossado “quando adota regulações gerais comumente reconhecidas como contempladas pelo *police power*³²³ dos Estados”.³²⁴ A questão é justamente identificá-lo.

A linguagem relativa à expropriação nos primeiros tratados de investimento contempla apenas a perspectiva do investidor. Trata-se de uma consequência direta da influência do imperialismo na formação do direito internacional. O histórico tratado celebrado entre Alemanha e Paquistão em 1959, o primeiro TBI propriamente dito, reflete essa orientação ao deixar margem para que qualquer das partes adotasse medidas que prejudicassem investidores sem, contudo, ensejar o pagamento de indenização.³²⁵ Uma análise pormenorizada da evolução

³²³ Destaque-se que seria equivocada a tradução literal da expressão “*police power*” para o português. Na tradição anglo-saxã, a expressão “*police powers*” é mais abrangente do que o significado que o direito administrativo brasileiro empresta à expressão “poder de polícia”, razão pela qual neste trabalho utiliza-se o brocardo original.

³²⁴ *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic*. UNCITRAL Rules (Czech Republic–Netherlands BIT), Partial Award, 17 March 2006. Parágrafo 262 da decisão. Do original: “[...] *the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are “commonly accepted as within the police power of States” forms part of customary international law today*”.

³²⁵ PAQUISTÃO; REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments**. 1959. Disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>. Acesso em 20.out.2014. Do original: “*Nationals or companies of either Party shall not be subjected to expropriation of their investments in the territory of the other Party except for public benefit against compensation, which shall represent the equivalent of the investments affected. Such compensation shall be actually realizable and freely transferable in the currency of the other Party without*

do conceito de expropriação em tratados de investimento nos últimos 50 anos nitidamente extrapolaria o escopo limitado deste trabalho, mas uma simples consulta aos termos de diversos acordos revela a orientação pró-investidor informadora da disciplina jurídica da expropriação de ativos estrangeiros.

A tendência pró-investidor foi adotada também pelos tribunais arbitrais, que conceberam a chamada “doutrina dos efeitos” (*sole-effect doctrine*) ao analisar a eventual caracterização de um ato expropriatório apenas à luz dos efeitos da medida questionada sobre o investimento, desconsiderando por completo a intenção do Estado que a adotou. Em uma passagem que simboliza a essência da doutrina dos efeitos, os árbitros do caso *Tippetts*, julgado pelo Tribunal Irã-Estados Unidos – criado na década de 1980 para a solução de centenas de controvérsias oriundas da Revolução Islâmica de 1979 e da crise diplomática envolvendo os dois países – definiram que “a intenção do governo é menos importante do que os efeitos das medidas sobre os proprietários, e a forma das medidas de controle ou interferência é menos importante do que a realidade de seu impacto”.³²⁶ O raciocínio do tribunal no caso *Tippetts* foi utilizado também em *Phillips Petroleum*, outra controvérsia julgada pelo Tribunal Irã-Estados Unidos.³²⁷

Na mesma direção, o tribunal do caso *Biloune v. Ghana* também deixou de considerar a intenção ou o objetivo do Estado receptor quando da caracterização de um ato expropriatório.³²⁸ Ainda, a análise meramente quantitativa foi adotada nos casos *Vivendi II*³²⁹,

undue delay. Adequate provision shall be made at or prior to the time of expropriation for the determination and the grant of such compensation. The legality of any such expropriation and the amount of compensation shall be subject to review by due process of law”.

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>

³²⁶ *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*. Award of 29 June 1984, Iran U.S. C.T.R. 219, Award No. 141-7-2. Do original: “*The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact*”.

³²⁷ *Phillips Petroleum Company Iran v. the Islamic Republic of Iran and NIOC*, Award No. 425-39-2, Award of 29 June 1989. Parágrafo 97 da decisão.

³²⁸ *Biloune v. Ghana Investments Centre*. Award of 27 October 1989.

³²⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Vivendi II)*, ICSID Case No. ARB/97/3. Parágrafo 7.5.20

analisado à luz do TBI entre França e Argentina; *Pope & Talbot*³³⁰ e *Metalclad*³³¹, ambos analisados à luz do NAFTA; e *Occidental v. Ecuador*³³², baseado no TBI entre Estados Unidos e Equador. A doutrina dos efeitos, portanto, não se limita ao contexto de um tratado específico; trata-se, ao invés, de uma orientação amplamente utilizada pela jurisprudência arbitral.

A crescente preocupação com a limitação à atuação regulatória do Estado receptor imposta pelas normas de TBIs e pelas interpretações que tribunais internacionais lhes emprestavam fez surgir a doutrina do *police powers*, segundo a qual determinados atos estatais fugiriam do alcance das cláusulas de expropriação e, assim, representariam regulações legítimas e não-indenizáveis, ainda que prejudicassem investidores estrangeiros. Como mencionado acima, a identificação do alcance dos *police powers* é uma zona de penumbra que concentra as atenções do direito internacional dos investimentos graças à difícil conciliação dos interesses de Estados e investidores.

Em particular, dois casos exprimem uma orientação pró-investidor na análise do alcance dos *police powers*. Em *Vivendi II*, o tribunal concluiu que “se o interesse público automaticamente vedasse a caracterização de uma medida como expropriatória, uma tomada (*taking*) nunca seria indenizável quando amparada pelo interesse público”.³³³ Analisado superficialmente, o raciocínio parece fazer sentido na medida em que, como visto acima, a própria licitude da expropriação está condicionada ao interesse público. Em outras palavras, nesse caso, todas as expropriações lícitas não seriam indenizáveis. Ademais, o tribunal do caso *Pope & Talbot*, ao analisar a alegação do Canadá no sentido de que a medida impugnada seria uma regulação genérica e não-discriminatória, concluiu que regulações poderiam traduzir-se em atos expropriatórios indiretos (*creeping expropriation*) e definiu que “uma exceção geral para medidas

da decisão.

³³⁰ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL.

³³¹ Cf. nota 285.

³³² Cf. nota 236.

³³³ *Vivendi II*, parágrafo 7.5.21 da decisão. Do original: “*If public purpose automatically immunizes the measure from being found to be expropriatory, then there would never be a compensable taking for a public purpose*”.

regulatórias criaria uma brecha considerável na proteção internacional contra expropriação”.³³⁴

As atividades econômicas conduzidas por investidores estrangeiros são as mais variadas possíveis. Desde exploração de recursos naturais até exploração de serviços de telecomunicações, passando por fornecimento de energia e administração de empreendimentos turísticos, companhias multinacionais aproveitam-se do redimensionamento das fronteiras nacionais que se sucedeu ao movimento da globalização para diversificar sua produção e buscar as melhores oportunidades de negócios nos quatro cantos do mundo. De outro lado, as distorções provocadas pela atuação dos grandes agentes econômicos encontram um obstáculo na atuação positiva do Estado, principal responsável pela defesa das garantias fundamentais, sejam elas sociais, políticas, culturais ou econômicas.

Nesse contexto, a abordagem estritamente quantitativa proposta pela doutrina dos efeitos negligencia as particularidades da dinâmica regulatória estatal ao lançar à vala comum toda e qualquer medida que acarrete prejuízos a investidores estrangeiros, independentemente de suas motivações políticas e/ou de seus fundamentos jurídicos. Diante do inerente déficit democrático de tribunais arbitrais, esse problema tende a tornar-se ainda mais crítico quando a doutrina dos efeitos é aplicada em áreas politicamente sensíveis. Um exemplo é a preservação do meio ambiente, seara em que a jurisprudência arbitral é aponta para diferentes direções no que diz respeito à caracterização de atos expropriatórios.

4.2.2. *Expropriação e medidas regulatórias ambientais: a incongruência da jurisprudência arbitral*

No caso *Metalclad vs. Mexico*, cujos contornos fáticos foram analisados acima³³⁵, o tribunal reconheceu que, por si só, o decreto que transformou a propriedade da empresa em uma reserva ecológica poderia deter caráter expropriatório e estatuiu que a motivação do decreto era indiferente para a caracterização deste como ato

³³⁴ *Pope & Talbot*, parágrafo 99 da decisão. Do original: “[...] a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protections against expropriation”.

³³⁵ V. item 3.1

expropriatório.³³⁶ Esse raciocínio, bem como o conceito de expropriação do qual partiu o tribunal³³⁷, evidenciam que o caso *Metalclad* adotou, ainda que veladamente, a doutrina dos efeitos (“*sole effects doctrine*”) na caracterização da ocorrência de ato expropriatório. Saliente-se que, embora a decisão do tenha sido parcialmente revista por um tribunal canadense, a conclusão dos árbitros quanto à caracterização de ato expropriatório permaneceu hígida.

O tribunal do caso *SD Myers v. Canada* adotou uma abordagem diferente daquela do caso *Metalclad*, embora ambos tenham utilizado o NAFTA como tratado aplicável. A controvérsia envolvia uma empresa norte-americana especializada no processamento do composto tóxico bifenilpoliclorado (ascarel). A companhia operava um depósito de lixo contaminado com o aludido químico em território canadense próximo à fronteira com os Estados Unidos. A estação de tratamento dos resíduos ficava em solo americano. Após aderir à Convenção da Basileia, o

³³⁶ Parágrafo 111 da decisão: “O tribunal não há de decidir ou considerar a motivação ou intenção da adoção do Decreto Ecológico. De fato, concluir pela expropriação com fundamento no Decreto Ecológico não é fundamental para a conclusão do Tribunal quanto à violação do artigo 1110 do NAFTA. Entretanto, o tribunal considera que a edição do Decreto Ecológico constituiria, por si só, ato equivalente a expropriação”. Do original: “*The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal’s finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation.*”

³³⁷ Parágrafo 103 da decisão: “[...] expropriação sob o NAFTA inclui não apenas deliberadas e reconhecidas tomadas de propriedade, tais como confisco ou transferências compulsórias ou formais de títulos em favor do Estado receptor, mas também interferências incidentais ou veladas sobre o uso da propriedade, as quais tenham o efeito de despojar, do todo ou de parte significativa, o proprietário dos benefícios econômicos razoavelmente esperados, ainda que não necessariamente em benefício nítido do Estado receptor”. Do original: “*[...] expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State*”.

Canadá proibiu por aproximadamente 18 meses o movimento transfronteiriço do ascarel, de modo a incentivar que o manejo do ascarel fosse realizado “no Canadá e por canadenses”.³³⁸ A companhia demandante considerou a proibição ilícita à luz do capítulo 11 do NAFTA, em especial das cláusulas do tratamento nacional (artigo 1102) e da expropriação (artigo 1105).

A despeito de terem concluído que a intenção de fortalecer a indústria canadense poderia ter sido atingida por outros meios mais adequados e que o banimento do movimento transfronteiriço do ascarel não encontrava uma razão ambiental legítima³³⁹, os árbitros adotaram uma interpretação salomônica no que diz respeito à relação entre as obrigações assumidas no plano internacional pelo Canadá com relação à proteção ambiental e a promoção de investimentos.³⁴⁰ No que diz respeito à alegação de expropriação, a decisão afastou-se da doutrina dos efeitos ao estabelecer que, ao invés de ater-se a filigranas técnicas e gramaticais, “tribunais devem analisar os verdadeiros interesses envolvidos, bem como o propósito e os efeitos da medida estatal”.³⁴¹ A importância de levar-se em consideração a motivação das medidas na identificação do alcance do chamado *police power* do Estado receptor – eximindo-o, assim, do dever de indenizar – vem sendo reiteradamente manifestada pelos novos tratados de investimento.

Adotando outra vertente e, de certa maneira, antecipando-se à nova tendência dos acordos de investimento, o tribunal do caso

³³⁸ Parágrafo 116 da decisão. Do original: “*In answer to a parliamentary question on July 9, 1995, the then Minister for the Environment is recorded by Hansard as saying: It is still the position of the government that the handling of PCBs should be done in Canada by Canadians*”.

³³⁹ Parágrafo n. 195 da decisão. Do original: “*The Tribunal finds that there was no legitimate environmental reason for introducing the ban. Insofar as there was an indirect environmental objective - to keep the Canadian industry strong in order to assure a continued disposal capability - it could have been achieved by other measures*”.

³⁴⁰ LANGER, Magnus J.; VIÑUALES, Jorge. **Managing conflicts between environmental and investment protection norms in international law**. In KERBRAT, Yann; MAJEAN-DUBOIS, Sandrine (eds.). **The transformation of international environmental law**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 185.

³⁴¹ Parágrafo 285 da decisão. Do original: “*It must look at the real interests involved and the purpose and effect of the government measure*”.

*Chemtura v. Canada*³⁴² considerou que a restrição não-discriminatória imposta pelo governo canadense quanto à comercialização do lindano, motivada pelo crescente conhecimento dos perigos representados pelo aludido fármaco à saúde humana e ao meio ambiente, estava abarcada pelo *police power* do Canadá, motivo pelo qual não representaria um ato expropriatório.³⁴³

Esses precedentes evidenciam que a linha tênue que separa a caracterização de um ato expropriatório e a adoção de uma medida regulatória legítima contemplada pelo *police power* do Estado receptor é ainda mais fugidia em matéria ambiental. A existência de três correntes opostas sobre o tema é representativa dos desafios decorrentes da aproximação entre o direito ambiental e o direito internacional dos investimentos. A primeira delas, por representar uma potencial ameaça à preservação ambiental, exige uma análise mais detida.

4.2.3. A abordagem estritamente quantitativa e os custos da proteção ao meio ambiente: a expropriação à luz do princípio do poluidor-pagador e da responsabilidade socioambiental corporativa

A ascensão de novos atores no cenário internacional evidenciou a incompatibilidade da estrutura normativa internacional tradicional, constituída sob o paradigma positivista e voltada precipuamente a Estados e organizações governamentais, com a dinâmica política global do pós-guerra. As normas costumeiras e convencionais, voltadas aos sujeitos clássicos do direito internacional, tradicionalmente não criavam obrigações para esses novos atores. O caso das empresas transnacionais, um dos mais importantes dentre esses novos atores, é emblemático para

³⁴² *Chemtura Corporation v. Government of Canada*. Ad hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules.

³⁴³ Parágrafo 266 da decisão. Do original: “*Irrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. As discussed in detail in connection with Article 1105 of NAFTA, the PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation*”.

o direito dos investimentos.³⁴⁴ A oposição de interesses entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, responsável por inibir a formação de um acordo multilateral sobre investimentos, impediu também a celebração de um tratado compreensivo a criar obrigações para empresas multinacionais no plano internacional. Ainda assim, a atuação dessas companhias, que repercute em múltiplas frentes (meio ambiente, relações trabalhistas e de consumo, desenvolvimento econômico etc), deu origem a uma agenda normativa internacional formada fundamentalmente por códigos de conduta emanados de organizações internacionais. Sobre o tema, Peter Muchlinski pondera:

[...] Considerando que as empresas transnacionais não dispõem de personalidade jurídica internacional e que, à exceção de poucas responsabilidades cuidadosamente traçadas no âmbito do direito penal internacional, as corporações não estão sujeitas a obrigações internacionais no plano dos direitos humanos, vez que a maioria de seus instrumentos normativos apresentam natureza voluntária e são dirigidos aos Estados. Isso não significa que as normas da ONU ou qualquer outro instrumento de responsabilidade social corporativa estejam fadados à completa ineficácia. [...] Políticas

³⁴⁴ Sobre o tema, v. HERDEGEN, Matthias. **Principles of international economic law**. Oxford University Press, 2013, p. 39: “Sua rede de bases operativas em diferentes países e regiões do mundo garante às empresas transnacionais – em particular às maiores – a oportunidade de, por um lado, obter vantagens a partir das diferenças regulatórias, econômicas e políticas entre os países e regiões e de, por outro, responder flexivelmente aos novos desafios movendo recursos e operações dentro de seus sistemas operativos. Sua pujança econômica e o caráter internacional de seu âmbito de atuação facilitam a fuga de empresas transnacionais do alcance regulatório das autoridades nacionais”. Do original: “*Their network of operative bases in different countries and regions of the world provides TNC – especially the very large ones – with the opportunity to take advantage of the regulatory, economic, and political differences between countries and regions on the one hand, and to respond flexibly to new challenges by shifting resources and operations within their operative system on the other hand. Their economic strength and international field of operations make it easier for TNC to escape the regulatory reach of national authorities*”.

internacionais podem surgir como “*soft law*” e transformar-se em direito positivo, quando vistas como prova da emergência de novos conceitos no direito internacional.³⁴⁵

A responsabilidade ambiental das empresas multinacionais é parte fundamental dessa agenda. Principais responsáveis pelas atividades econômicas em escala global, as empresas transnacionais são um vetor indispensável da promoção do desenvolvimento sustentável, pois representam, no dizer de Peter Muchlinski, “a interface entre o meio ambiente e a integração econômica global”. Segundo o autor britânico, “isso se deve não apenas à sua capacidade de produzir altos níveis de poluição, mas também à aptidão de que dispõem para desenvolver tecnologias ecologicamente viáveis”.³⁴⁶

A agenda internacional da responsabilidade corporativa partiu fundamentalmente de dois foros: as Nações Unidas e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Segundo Jorge Viñuales, “historicamente os dois processos estavam conectados, pois a iniciativa da OCDE foi encetada por países desenvolvidos em uma época na qual um projeto de código de conduta das Nações Unidas para as empresas multinacionais era objeto de um acalorado debate entre países desenvolvidos e em desenvolvimento”.³⁴⁷

³⁴⁵ Ibidem, p. 535-6. Do original: “[...] given the lack of international legal personality of corporate actors, they cannot be directly bound by international law as such, and that, apart from certain narrowly drawn responsibilities in the field of international criminal law, corporations have no existing international obligation in the field of human rights as most codes are voluntary in nature and are addressed to states. That does not imply that the UN Norms, or any other international corporate social responsibility instrument, are doomed to complete legal ineffectiveness. [...] international policies can emerge as ‘soft law’ and can ‘harden’ into positive law, where it is seen as evidence of emergent new standards of international law”.

³⁴⁶ No mesmo sentido, v. MUCHLINKSI, 2007, p. 542-3: Do original: “MNEs are key to effective transnational environmental protection in that they represent the interface between the environment and global economic integration. This is due not only to their capacity to produce high levels of pollution, but also their ability to develop new environmentally friendly technologies and management practices that can be disseminated internationally, and their ability to develop environmentally friendly practices on their own regardless of actual levels of governmental regulation”.

³⁴⁷ VIÑUALES, **Foreign investment...**, 2012, p. 60. Do original: “Historically,

Em 2000, a ONU lançou o Pacto Global das Nações Unidas, iniciativa por meio da qual empresas aderem voluntariamente a princípios ligados a quatro eixos fundamentais: direitos humanos, combate à corrupção, trabalho e meio ambiente. As diretrizes atinentes à preservação ambiental, inspiradas na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, recomendam que empresas i) apoiem uma abordagem preventiva sobre os desafios ambientais, no já analisado artigo 15 da Declaração do Rio; ii) desenvolvam iniciativas a fim de promover maior responsabilidade ambiental; e iii) incentivem o desenvolvimento e a difusão de tecnologias ambientalmente sustentáveis.

No âmbito da OCDE, o principal documento da agenda de responsabilidade corporativa são as *Guidelines for Multinational Enterprises*. Trata-se de um documento originalmente concebido em 1976 e que, desde então, foi atualizado em reiteradas ocasiões para a inclusão de novos elementos sintonizados com a dinâmica política global. Na parte reservada ao meio ambiente, o documento destaca inicialmente que as empresas devem “conduzir as suas atividades de modo a contribuir para o objetivo mais amplo do desenvolvimento sustentável”.³⁴⁸ Essa premissa geral é acompanhada de diversas orientações específicas, ligadas, por exemplo, ao princípio da precaução³⁴⁹ e à necessidade de promover-se uma gestão ambiental sólida.³⁵⁰

the two processes were linked because the OECD initiative was undertaken by developed countries at a time when a UN draft Code of Conduct on Transnational Corporations was the object of vivid debates between developed and developing countries”.

³⁴⁸ OECD. **Diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais**. Atualizado em 2011. Disponível em <http://www.pcn.fazenda.gov.br/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais/>. Acesso em 20.abr.2014.

³⁴⁹ Idem: “4. Sempre que existir uma ameaça de danos graves ao meio ambiente, em conformidade com o conhecimento científico tecnológico dos riscos envolvidos e tendo em consideração a saúde e segurança humanas, não deverá ser invocada a inexistência de certeza científica absoluta como argumento para adiar a adoção de medidas eficazes e economicamente viáveis que permitam evitar ou minimizar esses danos”.

³⁵⁰ Idem. “No contexto das *Diretrizes*, a expressão ‘gestão ambiental sólida’ deve ser interpretada em seu sentido mais amplo, incorporando as atividades destinadas a controlar os impactos ambientais diretos e indiretos da empresa no

Em 2011, a OCDE lançou o documento intitulado *Harnessing Freedom of Investment for Green Growth*, que aborda a relação estreita entre a atividade econômica transfronteiriça e a preservação do meio ambiente, bem como evidencia o papel dos investimentos estrangeiros na busca pela economia verde. O documento reconhece de plano a importância do investimento estrangeiro como “uma fonte vital das finanças e um poderoso vetor de inovação e transferência de tecnologia, quando países enfrentam os efeitos das mudanças climáticas e buscam promover um ‘crescimento verde’”.³⁵¹ Ao apontar a existência de uma relação de mutualismo entre o direito internacional ambiental e o direito internacional dos investimentos, o documento enaltece o significado do Pacto Global das Nações Unidas e das *Guidelines* da OCDE:

A comunidade internacional ligada aos investimentos estrangeiros está fortemente interessada em conjuntos efetivos de políticas que definam responsabilidades ambientais e promovam incentivos para que governos e empresários possam observar essas responsabilidades. Um direito ambiental efetivo permite à aludida comunidade buscar com mais confiança sua agenda de liberalização, promoção e proteção de investimentos, em prol do desenvolvimento sustentável. Importantes *standards* ambientais internacionais para investidores podem ser encontrados em instrumentos internacionais como as *Guidelines* da OCDE e o Pacto Global das Nações Unidas.³⁵²

longo prazo, e envolver elementos tanto de controle da poluição quanto de gestão de recursos”.

³⁵¹ OECD. **Harnessing freedom of investment for green growth**. 2011. Disponível em <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/47721398.pdf>. Acesso em 29.out.2014. Do original: “[...] a vital source of finance and a powerful vector of innovation and technology transfer as countries address the effects of climate change and seek to promote green growth”.

³⁵² Idem. Do original: “The international investment policy community has a strong interest in effective policy frameworks that clarify environmental responsibilities and sharpen incentives for governments and businesses to live up to these responsibilities. Effective international environmental law and standards allow the international investment policy community to pursue with

O reconhecimento da importância da agenda de responsabilidade social corporativa no âmbito da regulamentação jurídica da atividade econômica transfronteiriça não se limita a códigos de conduta propostos por organizações internacionais. Como mencionado no capítulo anterior, o tratado bilateral de investimentos celebrado entre o Canadá e a Sérvia em setembro de 2014 encoraja empresas a adotar voluntariamente padrões de responsabilidade social corporativa ligados a preocupações ambientais, trabalhistas, humanitárias, comunitárias e anticorrupção.³⁵³

Naturalmente, por tratar-se de um tratado recente – que, aliás, ainda não está em vigor ao tempo da elaboração desta dissertação –, não há precedentes nele baseados. A efetiva consideração de *standards* de responsabilidade social corporativa na identificação de expropriações permanece, portanto, uma incógnita. De todo modo, é possível afirmar que a conversão em norma convencional da preocupação da comunidade internacional com a postura de empresas transnacionais, habitualmente abordada por meio de códigos de conduta não-vinculantes, faz presumir que os tribunais arbitrais responsáveis por controvérsias decorrentes

greater confidence its agenda of investment liberalization, promotion and protection, in support of sustainable development. Important international environmental standards for investors can be found in international instruments such as the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the United Nations Global Compact”.

³⁵³ CANADÁ; REPÚBLICA DA SÉRVIA. **Agreement between Canada and the Republic of Serbia for the promotion and protection of investments.** 2014. Disponível em

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3129>. Acesso em 20.nov.2014: “Cada parte deve encorajar as empresas que operam em seu território ou que estão sujeitas à sua jurisdição a incorporar voluntariamente *standards* reconhecidos de responsabilidade social corporativa em suas práticas e políticas internas, tais como princípios que tenham sido endossados e defendidos pelas partes. Esses princípios abordam assuntos como relações trabalhistas, meio ambiente, direitos humanos, relações comunitárias e combate à corrupção”. Do original: “*Each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption*”.

desse tratado estão obrigados a privilegiar interpretações mais sintonizadas com o desenvolvimento sustentável.

A propósito, a responsabilidade social corporativa contempla a responsabilidade ambiental, que guarda estreita relação com o princípio do poluidor-pagador. Produto da lógica civilista do binômio dano/reparação, o princípio estabelece, em linhas gerais, que os custos da poluição – hoje compreendida não apenas pura e simplesmente como poluição atmosférica, mas como toda e qualquer atividade prejudicial ao meio ambiente ou que importe má utilização de recursos naturais – devem ser suportados por seu responsável. Trata-se de um instrumento normativo por meio do qual, como salienta Cristiane Derani, “impõe-se ao ‘sujeito econômico’ (produtor, consumidor, transportador), que nesta relação pode causar um problema ambiental, arcar com os custos da diminuição ou afastamento do dano”.³⁵⁴ A essência do princípio do poluidor-pagador encontra-se materializada no artigo 16 da Declaração do Rio:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

A ressalva estipulada na parte final do dispositivo (“sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais”) está atrelada à premissa de que a internalização irrestrita dos custos relativos à preservação ambiental poderia inviabilizar a exploração econômica de setores ecologicamente sensíveis.³⁵⁵ Em contrapartida, há de mencionar-se que a necessidade de dispensar-se a “devida atenção ao interesse público” (expressão que também consta do aludido dispositivo e que, como visto no capítulo anterior, sintetiza a orientação do processo

³⁵⁴ DERANI, 2009, p. 142.

³⁵⁵ Idem: “As leis que dispõem sobre a internalização dos custos ambientais concentram-se geralmente até o limite em que não se sobrecarrega o valor dos custos da produção, evidentemente porque, levando a aplicação do princípio do poluidor-pagador até os seus limites, chegar-se-ia à paralisação da dinâmica do mercado, por uma elevação de preços impossível de ser absorvida nas relações de troca”.

de resgate da legitimidade do direito internacional dos investimentos) não foi contemplada a esmo pelos negociadores da Declaração do Rio. Como oportunamente observa Alessandra Asteriti, “o conceito de desenvolvimento ‘sustentável’ implica que haja obstáculos aos aspectos ‘insustentáveis’ do desenvolvimento, que correspondem àqueles exemplos em que o crescimento econômico acarreta danos potencialmente irreversíveis ao meio ambiente”.³⁵⁶

A despeito das vozes que insistem em contestar seu caráter de norma internacional³⁵⁷, o princípio do poluidor-pagador é um instrumento normativo fundamental para o direito dos investimentos. Isso porque, como sugere Peter Muchlinski, a abordagem preconizada no artigo 16 da Declaração do Rio “parece particularmente próprio para casos em que a empresa, à conta de sua *expertise* em relação à tecnologia que emprega ou de sua provável ciência dos riscos de poluição de sua atividade, está na melhor posição de arcar com o ônus de não poluir”.³⁵⁸

³⁵⁶ ASTERITI, 2014, p. 25. Do original: “*The concept of ‘sustainable’ development implies that there ought to be constraints and disincentives to the ‘unsustainable’ aspects of development, to be identified as those instances where economic development results in costly and potentially irremediable damage to the environment*”.

³⁵⁷ SANDS, 2003, p. 280: “O princípio do poluidor-pagador não recebeu o mesmo grau de apoio ou atenção dispensado durante os anos ao princípio da ação preventiva ou, mais recentemente, ao princípio da precaução, embora sua utilização conste agora de outros acordos regionais. Restam dúvidas quanto ao fato de ter o princípio do poluidor-pagador alcançado *status* de norma de aplicação geral ou de costume internacional, à exceção talvez de países da Comunidade Europeia, da Comissão das Nações Unidas para a Europa e da OCDE”. Do original: “*The polluter-pays principle has not received the same degree of support or attention accorded over the years to the principle of preventive action, or the attention more recently accorded to the precautionary principle, although its use is now being taken up in other regional agreements. It is doubtful whether it has achieved the status of a generally applicable rule of customary international law, except perhaps in relation to states in the EC, the UNECE and the OECD*”.

³⁵⁸ MUCHLINSKI, 2007, p. 541. Do original: “[...] *this approach seems particularly well suited to cases in which the enterprise, by virtue of its expertise in relation to the technology that it uses, and by reason of its likely knowledge of the pollution risks that it undertakes, is in the best position to take on the duty of care not to pollute. Where it does so the enterprise will face the*

A abordagem estritamente quantitativa preconizada pela doutrina dos efeitos, como visto, ignora as particularidades da dinâmica regulatória ambiental. A superação desse paradigma por meio da atribuição de maior importância às motivações que levaram o Estado receptor a adotar determinada medida regulatória parece mais bem sintonizar-se com o princípio do poluidor-pagador, deixando de fazer dos investimentos estrangeiros um obstáculo à promoção do desenvolvimento sustentável.³⁵⁹ Sabrina Robert-Cuendet resume a questão com percuciência:

A desconsideração do objetivo da medida ignora as particularidades da regulamentação ambiental. Uma delas é que uma medida ambiental implica a internalização dos custos da proteção ao meio ambiente por meio do princípio do poluidor-pagador. Portanto, muitos autores acreditam que o fato de garantir ao investidor uma indenização importa uma inversão desse princípio, ao ponto em que é possível falar-se em um verdadeiro princípio do “poluidor-pago”. O Estado encontra-se em uma situação na qual se torna a última garantia da álea regulatória. Do ponto de vista da regulação ambiental, mostra-se difícil admitir que, por uma mesma atividade, um investidor estrangeiro encontra-se protegido contra mudanças regulatórias, ao passo que um investidor nacional não.³⁶⁰

duty to compensate those who have suffered loss and/or injury caused by the pollution”.

³⁵⁹ Nesse sentido, v. ASTERITI, 2014, p. 24: “A rigorosa aplicação do critério do propósito legítimo na análise da viabilidade de medidas regulatórias, somada à referência devida ao princípio do poluidor-pagador no segundo estágio, servirá para evitar o risco de que investidores arguam que medidas destinadas a reduzir os danos ambientais causados pelo exercício de sua atividade econômica representem expropriação indireta”. Do original: “[T]he strict application of the legitimate purpose criterion for regulatory takings as a threshold step, coupled with due reference to the “polluter pays principle” in the second-stage balancing will serve to avoid the risk of investors presenting claims for regulatory expropriation for regulation that was implemented in order to mitigate the environmental damage of their industries”.

³⁶⁰ ROBERT-CUENDET, 2010, p. 188. Do original: « *La non prise en compte de l’objectif de la mesure revient aussi à ignorer les particularismes de la*

Uma das razões a explicar essa mudança de perspectiva está ligada ao fato de que países desenvolvidos, notadamente os Estados Unidos e o Canadá, passaram a preocupar-se com a potencial ameaça imposta pelo regime internacional de investimento à sua própria autonomia regulatória em matéria ambiental. Essa preocupação exsurgiu, como lembra Kate Miles, quando companhias estrangeiras que lá investiam passaram a ajuizar demandas questionando medidas restritivas domésticas adotadas sob o pretexto da proteção do meio ambiente e da saúde humana.³⁶¹ Esse processo levou à consolidação de

réglementation environnementale. L'une de ces particularités est qu'une mesure environnementale implique l'internalisation des coûts de la protection de l'environnement à travers le principe polluer-payeur. Dès lors, de nombreux auteurs estiment que le fait de verser une indemnisation à l'investisseur étranger revient à un retournement de ce principe, au point où l'on pourrait parler d'un véritable principe du « pollueur-payé ». L'Etat se retrouve dans une situation où il devient l'ultime assureur de l'aléa réglementaire. Or, du point de vue de la réglementation environnementale, il est difficile d'admettre que pour une même activité, un investisseur étranger devrait être à l'abri du changement de réglementation tandis que l'investisseur national ne pourrait pas l'être ».

³⁶¹ MILES, 2013, p. 232: “Tanto o Canadá como os Estados Unidos tiveram demandas ajuizadas contra si questionando medidas regulatórias destinadas à proteção da saúde pública e do meio ambiente. Experimentar a arbitragem investidor-Estado sob a perspectiva de um Estado receptor forçou esses historicamente firmes defensores de níveis avançados de proteção a investidores a reavaliar o impacto dessas normas. Essa mudança de percepção manifestou-se concretamente a partir da criação de novos modelos canadense e norte-americano de tratados de investimentos. Os EUA promoveram uma posterior revisão, a qual levou à edição do seu mais recente modelo, de 2012. [...] Abordando uma série de assuntos não relacionados a investimento, esses modelos de TBIs introduziram diversos elementos que podem começar a reorientar a ênfase unilateral dos acordos de investimento”. Do original: “*Both Canada and the United States have had investor claims filed against them, challenging regulatory measures aimed at protection of public health and the environment. Experiencing investor-state arbitration from the perspective of a host state has forced these traditionally strong advocates of high-level investor protection to reassess the impact of those rules. This shift in perception was given a concrete manifestation in the development of the new United States’ and Canadian model bilateral investment treaties in 2004, the United States having then conducted a further review that resulted in the issuing of its latest model in 2012 [...] Engaging with a range of non-investment issues, these model BITs*

uma nova tendência entre os tratados de investimento, a qual será analisada a seguir.

4.2.4. *Os novos tratados e o atual estado do direito internacional dos investimentos na relação entre regulação ambiental e expropriação: superando a doutrina dos efeitos*

“Não há distinção intrínseca entre medidas de regulamentação e medidas expropriatórias decorrentes da regulamentação; em ambos os casos, as prerrogativas utilizadas são as mesmas”.³⁶² A afirmação de Sabrina Robert-Cuendet é pertinente e oportuna. A partir dela, observa-se que uma delimitação genérica do espaço de atuação legítima e desembaraçada do Estado na consagração do interesse público é uma quimera. Não à toa o direito internacional ainda não foi capaz de emprestar à doutrina dos *police powers* uma definição unívoca. Isso não significa, entretanto, que juristas não devam buscar elementos a auxiliar o intérprete a identificar o espectro de liberdade de atuação do Estado em face dos compromissos assumidos em tratados de investimentos.³⁶³

No capítulo anterior, abordou-se o movimento recente de incorporação de linguagem ambiental a tratados de investimento, conseqüência da aproximação entre os dois campos. Dentre as diversas inovações trazidas por esse movimento, talvez a mais importante seja o aprimoramento das cláusulas ligadas à expropriação. O linguajar vago e lacônico que acompanhou historicamente a disciplina da expropriação vem sendo aos poucos substituído por dispositivos que estabelecem requisitos claros para a caracterização, ou não, de atos expropriatórios.

O mais recente modelo de TBI dos Estados Unidos (2012) encarta aquela que parece ser a principal diretriz para os intérpretes na

have introduced several elements that may begin to reorient the one-sided emphasis of international investment agreements”.

³⁶² ROBERT-CUENDET, 2010, p. 271. Do original : « *Rien ne distingue intrinsèquement les mesures de réglementation des mesures d'expropriation du fait de la réglementation. Dans les deux cas, les prérogatives mises en œuvre sont les mêmes.* »

³⁶³ Aliás, esse esforço guarda estreita relação, *mutatis mutandis*, com a essência do constitucionalismo, na medida em que ambos buscam, cada qual a seu modo e em seu respectivo plano (doméstico ou internacional), a delimitação do poder estatal.

identificação da ocorrência de eventual ato de expropriação: “Exceto em raras circunstâncias, medidas regulatórias não discriminatórias concebidas e aplicadas para proteger objetivos de interesse público, como a saúde pública, a segurança e o meio ambiente, não representam expropriações indiretas”.³⁶⁴ Uma rápida consulta à base de dados da UNCTAD³⁶⁵ revela que diversos entre os mais recentes tratados de investimentos – muitos dos quais não haviam entrado em vigor ao tempo da conclusão deste trabalho – adotam essa previsão.

O tratado celebrado entre Austrália e Coreia do Sul, além de replicar a cláusula acima mencionada, rechaça expressamente a doutrina dos efeitos ao estabelecer que “o impacto econômico de uma medida do governo, embora possa impactar no valor do investimento, não é suficiente, por si só, para fundamentar a caracterização de um ato expropriatório”.³⁶⁶ Por seu turno, o tratado firmado entre o Canadá e a Nigéria define as “raras circunstâncias” – que teriam o condão de afastar a presunção de legitimidade da medida estatal – como as hipóteses em que “uma medida é tão severa à luz de seu propósito que não pode ser razoavelmente vislumbrada como tendo sido adotada e implementada de boa-fé”.³⁶⁷

³⁶⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Model BIT 2012**, Annex B, Art. 4. (b). Do original: “*Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations*”.

³⁶⁵ Disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

³⁶⁶ Artigo 4(a) do Anexo 11-B do TBI firmado entre Austrália e Coreia do Sul (2014). Do original: “[...] *the economic impact of the government action, although the fact that an action or a series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred*”. Esse dispositivo foi replicado também no tratado firmado entre o México e o Panamá (Item c.1 do Anexo 10.11: “*el impacto económico de la medida o serie de medidas de una Parte, aunque el solo hecho de que una medida o serie de medidas de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido*”).

³⁶⁷ Item “c” do Anexo B.10 do TBI firmado entre Canadá e Nigéria (2014). Do original: “[...] *when a measure or a series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith*”.

Essa mudança de paradigma representa uma clara evolução em direção a um melhor equilíbrio entre público e privado. Na prática, a abordagem estritamente quantitativa oferecida pela doutrina dos efeitos promove uma injustificada inversão de valores: segundo ela, é o Estado receptor que, ao exercer sua soberania por meio da adoção de medidas regulatórias restritivas, deve provar que está atuando sob o pálio de uma exceção ao dever de indenizar (comumente sob o manto da famigerada doutrina do *police powers*) – ou seja, a balança pende inicialmente em favor do investidor. Ao atribuir à motivação do Estado receptor um papel central quando da análise da pretensa caracterização de um ato expropriatório, a orientação esposada pelo modelo de TBI dos Estados Unidos e replicada em outros acordos internacionais distancia-se da doutrina dos efeitos, adotada pelo tribunal do caso *Metalclad*, e se aproxima da abordagem holística adotada no caso *SD Myers v. Canada*.³⁶⁸

Jorge Viñuales, na seara ambiental a adoção de novas medidas regulatórias, que acompanham as novas descobertas proporcionadas pela evolução da ciência, é a regra, e não a exceção, razão pela qual apenas excepcionalmente normas genéricas poderão traduzir-se em expropriações indiretas.³⁶⁹ Trata-se, segundo o autor, de uma premissa

³⁶⁸ ASTERITI, 2014, p. 23: “Essa cláusula pode ser percebida como a inclusão explícita do propósito [da medida] como um dos critérios aplicáveis não apenas quando da realização da análise do equilíbrio, mas como um assunto “categórico”: em outras palavras, os tribunais estão obrigados a determinar, de início, se é aplicável a exceção trazida pela doutrina do *police powers*, pela qual a regulação não é compensável porque não se caracteriza como uma expropriação. Mesmo se a regulação *prima facie* é potencialmente equivalente a uma expropriação, deve buscar-se o equilíbrio adequado, incluindo-se tanto o propósito quanto os efeitos das medidas. Os resultados dessa análise podem descartar a responsabilidade do Estado”. Do original: “*This clause can be read as the explicit inclusion of purpose as one of the applicable criteria not just in the performance of the balancing analysis, but as a “categorical” matter: in other words, tribunals are required first to establish if the police powers carve-out applies, whereby the regulation is not compensable because it does not qualify as an expropriation. Even if the regulation is prima facie potentially tantamount to an expropriation, the appropriate balancing has to be performed, including the purpose as well as the effect of the measures, the result of which could be that no liability attaches to the state*”.

³⁶⁹ VIÑUALES, 2012, p. 198.

que diferencia adequadamente o risco comercial, suportado pelo investidor, e o risco político, administrado pelo Estado.³⁷⁰ Na mesma direção, Anthea Roberts afirma que “tais cláusulas reforçarão a relevância dos paradigmas de direito público e de direito internacional público (incluindo comércio, direitos humanos e direito ambiental), diante de esforços semelhantes nesses campos para proteger o espaço regulatório [*dos Estados receptores*] e equilibrar objetivos econômicos e não-econômicos”.³⁷¹

À guisa de conclusão, o caminhar na direção de abordagens qualitativas na análise da expropriação, abandonando-se a famigerada doutrina dos efeitos, é fundamental para a manutenção da autonomia regulatória dos Estados em matéria ambiental. O precedente do caso *Chemtura* revela que, mesmo com a estrutura normativa atual, ainda predominantemente dominada por uma linguagem pró-investidor, é possível incluir na doutrina do *police powers* maior índice de deferência às motivações de Estados receptores que adotam medidas legítimas de regulação ambiental. Ademais, a tendência identificada em novos tratados de investimento cristaliza a opção por uma abordagem mais sintonizada com o princípio do poluidor-pagador e capaz de fazer dos investimentos estrangeiros veículos promotores do desenvolvimento sustentável.

³⁷⁰ Ibidem, p. 197.

³⁷¹ ROBERTS, 2013, p. 80. Do original: “*These clauses will enhance the relevance of public law and international public law paradigms (including trade, human rights and environmental law), given similar efforts in those fields to protect regulatory space and balance economic and noneconomic goals*”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito internacional dos investimentos atravessa uma crise de legitimidade. Diante das limitações à soberania estatal impostas pelo regime internacional de proteção a investimento, muitas são as vozes a defender o recrudescimento da Doutrina Calvo, relegando-se a proteção jurídica da atividade econômica transfronteiriça ao direito doméstico do Estado receptor. À primeira vista, as críticas seduzem. De fato, se não controlada, a abertura semântica das principais cláusulas de tratados de investimento pode comprimir a soberania dos Estados receptores e favorecer demasiada e ilegitimamente países exportadores de capital.

Entretanto, como todo sistema de direito público, o direito internacional dos investimentos aprimora-se a partir de um permanente exercício de tentativa e erro. A evolução da linguagem dos tratados de investimento, atualmente muito mais restritiva se comparada à dos primeiros acordos, é prova dessa evolução. As marcas do imperialismo informador do direito internacional – e, por consequência, do direito dos investimentos – permanecem acesas, mas a comunidade internacional tem envidado esforços para democratizar o regime. O recente movimento de aproximação entre o direito internacional dos investimentos e o direito ambiental, tema mediato deste trabalho, é um indício da busca por um melhor equilíbrio entre público e privado.

À luz da construção histórica do direito dos investimentos e dos contornos dessa crise de legitimidade, este trabalho buscou extrair da jurisprudência arbitral respostas para duas questões ligadas à inclusão da temática ambiental no direito dos investimentos: 1) o princípio da precaução pode servir de fundamento para a adoção de medidas restritivas que, destinadas à diminuição ou à eliminação de riscos ambientais, contraponham-se a eventual promessa ou garantia extracontratual formulada pelo Estado receptor quanto à estabilidade de seu ambiente regulatório?; 2) a abordagem estritamente quantitativa preconizada pela “doutrina dos efeitos” (*sole-effect doctrine*) é compatível com o princípio do poluidor-pagador?

Responder a primeira das questões exigiu uma análise detida do conceito de expectativas legítimas quanto à estabilidade regulatória do Estado receptor aplicado pela jurisprudência arbitral. As expectativas legítimas de investidores, presentes em virtualmente todos os contenciosos de investimento, representam a “dimensão dominante” do tratamento justo e equitativo, como mencionado pelo tribunal do caso *Saluka*. Viu-se que a jurisprudência arbitral, embora inconstante, fornece diretrizes a partir das quais é possível caracterizar expectativas

de investidores como legítimas. O equilíbrio entre estabilidade do ambiente regulatório do Estado receptor e autonomia estatal para perseguir o interesse público é a mais significativa delas.

O princípio da precaução aparenta *prima facie* contrapor-se à garantia de estabilidade fornecida pelo tratamento justo e equitativo, pois autoriza a adoção de medidas restritivas destinadas à redução de riscos ambientais sem que se exija certeza científica sobre o objeto dessas medidas. O ponto nevrálgico é justamente definir quando há “boas razões” a autorizá-las. Primeiramente, evidenciou-se que o direito internacional dos investimentos ainda carece de instrumental teórico para enfrentar a problemática do risco ambiental. Trata-se de uma matéria que não tardará a concentrar a atenção dos jusinternacionalistas que estudam a relação entre meio ambiente e investimentos.

A crise de legitimidade analisada no segundo capítulo repercute nessa questão. Em decorrência do inerente déficit democrático que carregam os tribunais arbitrais investidor-Estado, suas decisões devem render maior deferência à análise de riscos levada a efeito por Estados receptores. O tribunal do caso *Chemtura v. Canada* – um precedente de vanguarda – mostrou que é possível fazê-lo. Fruto das cláusulas de conteúdo impreciso dos tratados de investimento, o amplo espectro de cognição de que dispõem tribunais arbitrais investidor-Estado não lhes permite analisar questões politicamente delicadas, como o risco ambiental em confronto com interesses de investidores, ao sabor de suas conveniências e convicções particulares. Na ausência de uma estrutura normativa específica a disciplinar a matéria com mais detalhamento, os níveis toleráveis de risco devem ser definidos por governos, e não por tribunais arbitrais.

A resposta ao segundo questionamento proposto no terceiro capítulo parte da análise da jurisprudência arbitral a respeito de um tema central no direito dos investimentos: a expropriação e o alcance dos *police powers* dos Estados. Os precedentes revelam a existência de três correntes distintas quanto ao tema. A primeira, que carrega a alcunha de “doutrina dos efeitos” (“*sole-effect doctrine*”), identifica a ocorrência de atos expropriatórios apenas a partir da perspectiva do investidor. Em outras palavras, qualquer medida regulatória que provoque prejuízos substanciais a investidores deve ser considerada expropriatória, independentemente da motivação que levou o Estado receptor a adotá-la. Trata-se, a toda evidência, de uma abordagem que, ao menosprezar a perspectiva do Estado receptor, faz ecoar o imperialismo informador do direito internacional dos investimentos.

Viu-se que a abordagem estritamente quantitativa proposta pela doutrina dos efeitos foi aplicada em casos que lidavam com medidas domésticas adotadas por Estados receptores no afã de proteger o meio ambiente, notadamente na famigerada decisão do caso *Metalclad*. Entretanto, essa abordagem negligencia as particularidades da dinâmica regulatória ambiental e, com isso, restringe indevidamente a autonomia soberana de buscar a preservação do meio ambiente, matéria politicamente sensível e que, portanto, não deve ser definida em última instância por um tribunal arbitral carente de legitimidade democrática.

Uma das principais particularidades da regulação ambiental ignoradas pela doutrina dos efeitos é a internalização dos custos da proteção ao meio ambiente por meio do princípio do poluidor-pagador. A partir dessa premissa, sugere-se que *standards* internacionais de responsabilidade social corporativa, que contemplam o princípio do poluidor-pagador, podem contribuir para a identificação da ocorrência, ou não, de um ato expropriatório. Em outras palavras, medidas estatais que se destinam a evitar danos ambientais decorrentes da atividade econômica desenvolvida por um investidor estrangeiro devem *a priori* estar cobertas pelo *police power* do Estado receptor.

Inspirados principalmente pelos modelos norte-americano e canadense, novos tratados de investimento indicam que a abordagem sugerida pela doutrina dos efeitos vem perdendo força justamente por não sintonizar-se com a premente necessidade de conciliação entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente. Os acordos mais recentes confirmam essa tendência ao estatuir que “exceto em raras circunstâncias, medidas regulatórias não discriminatórias concebidas e aplicadas para proteger objetivos de interesse público, como a saúde pública, a segurança e o meio ambiente, não representam expropriações indiretas”. Trata-se de uma auspiciosa mudança de perspectiva, que vem trazendo e permanecerá a trazer benefícios para o regime.

Ao final deste trabalho, é possível afirmar que o direito internacional dos investimentos pode superar sua crise de legitimidade e firmar-se como um sistema de direito público capaz de reger a atividade econômica transfronteiriça de maneira equilibrada, democrática e a verdadeiramente incorporar os principais valores políticos da sociedade internacional, dentre eles a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável.

6 REFERÊNCIAS

6.1 Referências bibliográficas

AAKEN, Anne von. **Fragmentation of international Law: the case of investment protection**. University of Saint Gallen Law School. Law and Economics Research Papers Series. Working Papers n. 2008-1

ALEMANNO, Alberto. **Risk vs. hazard and the two souls of EU risk regulation: a reply to Ragnar Löfstedt**. European Journal of Risk Regulation, vol. 2, 2011,

ALVAREZ, Jose. **The public international law regime governing international investment**. The Hague: Academy of International Law, 2011, p. 408.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas

ANDORNO, Roberto. **The Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age**. Journal of International Biotechnology Law, 2004, n. 1

ANGHIE, Anthony. **The evolution of international law: colonial and postcolonial realities**. Third World Quarterly, Vol. 27, No. 5, pp 739 – 753, 2006.

ANGHIE, Antony. **Imperialism, sovereignty and the making of international law**. Cambridge University Press, 2004

ASTERITI, Alessandra. **Regulatory expropriation claims in international investment arbitration: a bridge too far?** 2014, Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2445050.

BETTS, Raymond F. **Decolonization**. 2. ed. New York: Routledge, 1998, p. 108

BIRNIE, A. E.; BOYLE, P. W. **International law and the environment**. 2. ed. Oxford University Press, 2002,

BODANSKI, Daniel. **Deconstructing the precautionary principle**. In CARON, D.; SCHEIBER, H.N. (eds.). **Bringing New Oceans Waters**. Leiden: 2004

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. **The Precautionary Principle in Precaution from Rio to Johannesburg**. Proceedings of a Geneva Environment Network Roundtable, 2002, p. 12. Disponível em http://library.tee.gr/digital/books_notee/fyl_4641.pdf. Acesso em 30.dez.2014:

BRILLO, Romulo; GEHNE, Katja. **Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment**. NCCR Working Paper No 2013/46, 2014

BUTLER, L. J. *et al.* **Crises of empire – decolonization and Europe's imperial states, 1918-1975**. London: Hodder Education, 2008,

CANADÁ; REPÚBLICA DA SÉRVIA. **Agreement between Canada and the Republic of Serbia for the promotion and protection of investments**. 2014. Disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3129>. Acesso em 20.nov.2014:

CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina – ensaio de interpretação sociológica**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011,

D'ASPREMONT, Jean. **Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 2

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. 2. ed. Oxford University Press, 2012, p. 31.

DOUGLAS, Zachary. **Nothing if not critical for investment treaty arbitration: *Occidental, Eureka* and *Methanex***. *Arbitration International*, vol. 22, n. 1, 2006,

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; REPÚBLICA DA RUANDA. **Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the encouragement and reciprocal protection of investment**. 2008. Disponível em http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/US-Rwanda_BIT.pdf. Acesso em 27.mai.2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI. **Treaty between The United States of America and The Republic of Uruguay concerning the encouragement and reciprocal protection of investment**. 2004. Disponível em http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/Negotiations/text_e.pdf. Acesso em 2.jun.2014.

FONTOURA COSTA, José Augusto. **Comparing WTO panelists and ICSID arbitrators: the creation of international legal fields**. *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, No. 4, 2011

FONTOURA COSTA, José Augusto. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2010,

FOSTER, Caroline. **Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals**. Cambridge University Press, 2011

FRIEDEN, Jeffry. **Global capitalism – its fall and rise in the twentieth century**.

GATHI, James Thuo. **War's legacy in international investment law**. *International Community Law Review* 11, 2009, p. 363

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010,

GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. **Environmental Concerns in International Investment Agreements: a survey**. OECD Working Papers on International Investment, No. 2011/1, OECD Investment Division. Disponível em www.oecd.org/daf/investment/workingpapers. Acesso em 7.fev.2014.

HERDEGEN, Matthias. **Principles of international economic law**. Oxford University Press, 2013.

HOBSBAWM, Eric. **The age of extremes – a history of the world, 1914-1991**. Vintage, 1996,

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. **IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development**. 2005. Disponível em http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf. Acesso em 8.dez.2014.

KLÄGER, Roland. **“Fair and Equitable Treatment” in international investment law**. Cambridge University Press, 2011

KOLO, Abba; WÄLDE, Thomas. **Environmental regulation, investment protection and “regulatory taking” in international law**. International and Comparative Law Quarterly 50,

LANGER, Magnus J.; VIÑUALES, Jorge. **Managing conflicts between environmental and investment protection norms in international law**. In KERBRAT, Yann; MAJEAN-DUBOIS, Sandrine (eds.). **The transformation of international environmental law**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 185.

LEVINE, Eugenia. ***Amicus curiae* in international investment arbitration: the implications of an increase in third-party participation**, 29, Berkeley Journal of International Law, 2011

LORZ, Ralph Alexander. **Germany, the Transatlantic Trade and Investment Partnership and investment-dispute settlement: observations on a paradox.** Columbia FDI Perspectives Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 132, 2014,

LOWENFELD, Andreas F. **International economic law.** Oxford University Press, 2002

MARTINEZ, Jenny. **Towards an international judicial system,** 56 Stanford Law Review, 2003, p. 461.

MILES, Kate. **The origins of international investment law – empire, environment and the safeguarding of capital.** Cambridge University Press, 2013

MONTT, Santiago. **State liability in investment treaty arbitration.** Hart Publishing, 2012.

MOROSINI, Fábio; NIENCHESKI, Luísa. **A regulação do investimento estrangeiro direto e suas relações com o meio ambiente.** In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Direito Internacional dos Investimentos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 571.

MUCHLINSKI, Peter. **Multinational enterprises and the law.** 2. ed. Oxford University Press, 2007, p. 95

NEWCOMBE, Andrew. **The boundaries of regulatory expropriation in international law.** In KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas (ed). **New aspects of international investment law.** Leiden: Martinus Nijhof Publishers, Leiden, 2007,

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. **Law and practice of investment treaties.** Kluwer Law International, 2010

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Stabilization clauses and human rights. A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights,** 2009. Disponível

<http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 2.jun.2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law.** Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the International Conference on Financing for Development.** Monterrey, Mexico, 2002. Disponível em <http://www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf>. Acesso em 5.mai.2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future.** 1987. Disponível em http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf. Acesso 15.mai.2014.

PAPARINSKIS, Martins. **Investment arbitration and the law of countermeasures.** British Yearbook of International Law, 79 (1), 2009

PENUSLISKI, Ilija M. **A dispute systems design diagnosis of ICSID.** In WAIBEL, Michael *et al* (org.). **The Backlash against investment arbitration.** Kluwer Law International, 2010

PETERSON, Luke E. **In policy switch, Australia disavows need for investor-state arbitration provisions in trade and investment agreements.** Disponível em <http://www.iareporter.com/articles/20110414>.

POTESTA, Michele. **Expectations in investment treaty law: understanding the roots and the limits of a controversial concept.** Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference, 2012.

RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos – solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais.**

REHBINDER, Eckard. **Precaution and sustainability: two sides of the same coin?** In DERANI, Cristiane (Org.). **Transgênicos no Brasil e biossegurança.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 2005, p. 19.

ROBERT-CUENDET, Sabrina. **Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte.** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

ROBERTS, Anthea. **Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system.** 107 American Journal of International Law 45, 2013,

RODRIK, Dani. **The globalization paradox – democracy and the future of world economy.** W. W. Norton & Company, 2012, p. XVII.

SANDS, Philippe. **Principles of international environmental law.** Cambridge University Press, 2003

SCHILL, Stephen (ed.). **International investment law and comparative public law.** Oxford University Press, 2010

SCHILL, Stephen W. **The multilateralization of international investment law.** Cambridge University Press, 2009, pp. 15-16

SCHILL, Stephen. **Deference in investment treaty arbitration: re-conceptualizing the standard of review.** In: Journal of International Dispute Settlement, Vol. 3, p. 16,

SCHILL, Stephen. **Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach.** Virginia Journal of International Law 52, 2011

SCHILL, Stephen. **Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law.** IILJ Working Paper 2006/6, Global Administrative Law Series 5, 200

SCHILL, Stephen. **W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law.** European Journal of International Law 22, 2011,

SCHNEIDERMAN, David. **Constitutionalizing economic globalization: investment rules and democracy's promise.** Cambridge University Press, 2008

SCHREUER, Christoph. **Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration.** McGill Journal of Dispute Resolution, Vol. 1, n. 1, 2014, p. 4.

SCHRIJVER, Nico. **Development without destruction: The UN and global resource management.** Bloomington: Indiana University Press, 2010, pp. 38-41.

SCHRIJVER, Nico. **Sovereignty over natural resources – balancing rights and duties**

SCHRIJVER, Nico. **The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status.** Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008

SHAW, Malcolm N. **International law.** 6. ed. Cambridge University Press, 2008, p. 65.

SOLOMON, Robert. **Dinheiro em movimento.** Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 66:

SORNARAJAH, M. **A law for a need or a law for greed? Restoring the lost law in the international law on foreign investment.** International Environ Agreements, 2006,

SORNARAJAH, M. *et al.* **An open letter from lawyers to the negotiators of the Trans-Pacific Partnership urging the rejection of investor-state dispute settlement.** Disponível em <http://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>.

SORNARAJAH, M. **The international law on foreign investment. 3. ed.** Cambridge University Press, 2010,

SPRINGHALL, John. **Decolonization since 1945.** New York: Palgrave, 2001,

STEPHENS, Tim. **International Courts and Environmental Protection.** Cambridge University Press, 2009

STREGER, Debra P. **Enhancing the legitimacy of international investment law by establishing an appellate mechanism.** In MESTRAL, Armand de; LÉVESQUE, Céline (org). **Improving international investment agreements,** Routledge London, 2012.

SUBEDI, Surya. **International investment law – reconciling policy and principle.** 2. ed. Hart Publishing, 2012,

TAMS, Christian. **Is there a need for an ICSID Appellate Structure?** In HOFFMANN, Rainer; TAMS, Christian (org). **The International Convention for the Settlement of Investment Disputes: taking stock after 40 years.** Nomos, Baden-Baden, 2007;

TIENHAARA, Kyla. **The expropriation of environmental governance: protecting foreign investors at the expense of public policy.** Cambridge University Press, 2009,

TIENHAARA, Kyla. **Unilateral commitments to investment protection: does the promise of stability restrict environmental policy development?** in FAUCHALD, Kristian; HUNTER, David (ed.). **Yearbook of environmental law.** Oxford University Press, 2006, p. 166:

UNCTAD. **Fair and Equitable Treatment.** UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012,

VAÏSSE, Maurice. **As relações internacionais a partir de 1945.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013

VALLÉE, Annie. **Économie de l'environnement.** 2. ed., 2011

VAN HARTEN, Gus *et al.* **Public statement on the international investment regime.** Disponível em <http://alainet.org/active/40578&lang=es>.

VAN HARTEN, Gus. **A case for an international investment court.** Society of International Economic Law. Working Paper n. 22/2008;

VAN HARTEN, Gus. **Investment arbitration, procedural fairness, and the rule of law.** In SCHILL, Stephen (ed.). **International investment law and comparative public law.** Oxford University Press, 2010, p. 632:

VAN HARTEN, Gus. **Investment Treaty Arbitration and Public Law.** New York: Oxford University Press, 2007,

VATTEL, Emerich de. **O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à condução e aos negócios das nações e dos governantes.** Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008, 992 p. (Coleção “Clássicos do Direito Internacional” – coord. Arno Dal Ri Júnior), p. 456,

VEIGA, José Eli da. **A desgovernança global da sustentabilidade.** São Paulo: Editora 34, 2013

VIÑUALES, Jorge. **Foreign investment and the environment in international law.** Cambridge University Press, 2012.

VIÑUALES, Jorge. **Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship.** British Yearbook of International Law, vol. 80, 2010

WAGNER, J.M. **International investment, expropriation and environmental protection.** Golden Gate University Law Review, vol. 29, 1999

WIENER, Jonathan. **Whose precaution after all? A comment on the comparison and evolution of risk regulatory systems.** Duke Journal of International & Comparative Law, Vol. 13, 2003,

WILLIAMSON, Edwin. **The Penguin history of Latin America.** London: Penguin Books, 2009

6.2 Casos

6.2.1 Arbitragem investidor-Estado

AGIP Company v. People's Republic of the Congo, 21 I.L.M. 726, Award 30 November 1979.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2.

Chemtura Corporation v. Government of Canada. Ad hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID, Case No. ARB/01/8.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Vivendi II), ICSID Case No. ARB/97/3.

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19.

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration Case No. UN3481, UNCITRAL.

Gas Natural vs. Argentina, (Gas Natural SDG, S.A. vs. The Argentine Republic, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/10)

Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case n. ARB/03/26.

International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico, Separate Opinion by Thomas Wälde of 26 January 2006 (UNCITRAL).

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1.

Metalpar S.A. and Buenos Aire S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5.

Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan. ICSID Case No. ARB/10/3.

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7.

Occidental Exploration and Production Company vs. The Republic of Ecuador. London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467. Final Award 1 July 2004.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8.

Phillips Petroleum Company Iran v. the Islamic Republic of Iran and NIOC, Award No. 425-39-2, Award of 29 June 1989.

Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24. Parágrafo 219 da decisão.

Revere Copper & Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC), 56 I.L.R. 257, 1978.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL. Partial award. Parágrafo 263 da decisão.

Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic. UNCITRAL Rules (Czech Republic–Netherlands BIT), Partial Award, 17 March 2006.

Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2).

Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, 53 I.L.R. 389, 1977;

Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran. Award of 29 June 1984, Iran U.S. C.T.R. 219, Award No. 141-7-2

Total S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/1)

6.2.2 Corte Internacional de Justiça

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment. I.C.J. Reports 1970.

GABČÍKOVO-NAGYMAROS PROJECT (Hungary/Slovakia), Judgment, *I.C.J. Reports*.

GABČÍKOVO-NAGYMAROS PROJECT (Hungary/Slovakia), Judgment, *I.C.J. Reports*. 1997. Separate Opinion of Vice-President Weeramantry.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14.

Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I. C. J. Reports 1995, p. 288.

6.2.3 Organização Mundial do Comércio

EC – Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998

European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (“EC Biotech”). Doc WT/DS291-293/INTERIM. 29 September 2006.

Japan – Measures Affecting the Importation of Apples, at 2, WT/DS245/AB/R, Nov. 26, 2003.